



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO



FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

VULNERACIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA INSCRIPCIÓN DEL RECIÉN NACIDO SOLO CON LOS APELLIDOS DEL PADRE- CASO RICARDO MORAN

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor:

Mansilla Sanchez Crelia Eva

Asesor:

Mg. Jakeline Yanet Garcia Arribasplata

Línea de Investigación – Derecho Civil

Pimentel, Perú, 2020

Tesis presentada por el Bachiller Crelia Eva Mansilla Sánchez, de la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogado.



Crelia Eva Mansilla Sánchez
Autor



Mg. Jakeline Y. García Arribasplata
Asesor

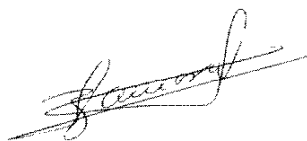
Aprobado por el Jurado:



Mg. Javier Soriano Díaz Díaz
Presidente



Mg. Eleo M. Grillo Paico
Secretario



Mg. Jorge Marcial Zamora Lazo
Vocal

DEDICATORIA

Este trabajo de tesis está dedicado principalmente a Dios, a mi familia por el apoyo constante, a mi Madre Crelia Sánchez, a mi Hermana María, a mi Sobrina Karoline y a mi hija Cristhy, por la comprensión y paciencia, ya que sin ellos no hubiera hecho posible lograr este sueño.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, agradecer a Dios, a la universidad Particular de Chiclayo Facultad de Derecho y Educación, a todas las personas que hicieron posible esta investigación y que de alguna manera estuvieron conmigo en los momentos difíciles, A mi familia por todo su amor, comprensión y apoyo, pero sobre todo por la paciencia que me han tenido.

INDICE DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	MARCO TEÓRICO	4
2.1.	Antecedentes	4
2.1.1.	Internacionales.....	4
2.1.2.	Nacionales	4
2.1.3.	Locales	5
2.2.	Base teórica	6
2.2.1.	Derecho de igualdad	6
2.2.2.	Principio de igualdad	9
2.2.3.	Principio de igualdad de derechos.....	11
2.2.4.	Igualdad e identidad	12
2.2.5.	El derecho a la igualdad en la mujer y el hombre	14
2.2.6.	Mecanismos para lograr la aplicación del derecho a la igualdad	18
2.2.7.	El derecho y el deber de llevar un nombre	24
2.2.8.	El derecho de llevar un nombre.....	24
2.2.9.	El deber de llevar un nombre	26
2.2.10.	Desde la óptica de la identidad y el enfoque de genero	27
2.2.11.	Las pautas de la confirmación o no del nombre impuesto por la relación paterno-filial	29
2.2.12.	El sustento constitucional para materializar el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes	30
2.2.13.	El interés superior del niño en tratados internacionales ratificados por el Perú	33

2.2.14.	El interés superior del niño en el Perú.....	40
2.2.15.	Flexibilización e interés superior del niño	44
2.2.16.	La utilización de técnicas de reproducción asistida	46
2.2.17.	Supuestamente la limitación se fundamentaba en dos principios:	48
2.2.18.	La identidad de la menor y la determinación de la paternidad se aplican conforme al interés superior del niño y adolescente	52
III.	METODOLOGÍA.....	58
3.1.	Tipo y diseño de investigación.....	58
3.2.	Categorías, subcategorías y matriz de categorización apriorística.....	58
3.3.	Escenario de estudio	60
	Distrito judicial de Lambayeque.....	60
3.4.	Participantes	60
3.5.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	61
3.6.	Procedimientos	61
3.7.	Rigor científico.....	62
3.8.	Método de análisis de la información.....	63
3.9.	Aspectos éticos	64
IV.	RESULTADOS Y DISCUSION	66
	DISCUSIÓN	76
V.	CONSIDERACIONES FINALES	81
VI.	RECOMENDACIONES	82
	REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	83
	ANEXO	86

INDICE DE TABLAS

Tabla 1.- Derecho de Igualdad.....	66
Tabla 2.- Grado de Vulneración del Derecho de igualdad	67
Tabla 3.- Inscripción de un recién nacido	68
Tabla 4.- Inscripción del recién nacido	69
Tabla 5.- Derecho a la identidad del menor.....	70
Tabla 6.- Caso Ricardo Moran	71
Tabla 7.- Distinción de Derechos	72
Tabla 8.- Discriminación de los derechos del varón	73
Tabla 9.- Aplicabilidad de la Normatividad	74
Tabla 10.- Al utilizar el tipo penal del feminicidio están valorando más la vida de la mujer que del varón.....	75

INDICE DE GRAFICOS Y FIGURAS

Figura 1.- ¿Considera usted se vulnera el derecho de igualdad al no permitir una inscripción del recién nacido solo con los apellidos paterno?	66
Figura 2.- ¿Cree usted se deba determinar el grado de vulneración del derecho de igualdad ante la ley?	67
Figura 3.- ¿Considera usted al no permitir la inscripción de un recién nacido con solo los apellidos del padre se estaría vulnerando el derecho a la identidad del menor?.....	68
Figura 4.- ¿Cree que el estado peruano no cuenta con una normatividad idónea inscripción del recién nacido solo con los apellidos del padre?	69
Figura 5.- ¿Considera que el estado vulnera el derecho a la identidad del menor al no implementar una coherente normatividad?	70
Figura 6.- ¿Cree usted que mediante el caso de Ricardo Moran se debería analizar los requisitos para una inscripción de un recién nacido?	71

Figura 7.- ¿Considera usted existe una distinción de derecho entre el varón y la mujer al momento de realizar una inscripción del recién nacido?	72
Figura 8.- ¿Cree usted no existe una discriminación de los derechos del varón al no permitir una inscripción del recién nacido solo con los apellidos del padre?	73
Figura 9.- ¿Considera usted es aplicable la normatividad que presenta el estado en los casos de inscripción de un recién nacido?	74
Figura 10.- ¿Cree usted que la normatividad ante los casos de inscripción de un recién nacido no presenta vacíos legales?	75

INDICE DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CPP	Constitución Política del Perú
TC	Tribunal Constitucional
CI	Convención Interamericana
CEDAW	Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CBP	Convención Belém do Pará
ONU	Organizaciones de Naciones Unidas
CIDH.....	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CDN.....	Convención de los Derechos del Niño
ISN.....	Interés Superior del Niño
CPC.....	Código Procesal Civil
ADN.....	Ácido Desoxirribonucleico

RESUMEN

En la presente investigación se busca llegar a determinar si existe una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la discriminación al ser inscrito el recién nacido con los apellidos del padre como se suscita en el caso Ricardo Moran, en donde se pudo evidenciar la vulneración a la normativa en función a los registros de inscripción, llegando a la posible solución en donde si se vulnera el derecho de igual ante la ley y la discriminación entonces se establece que en la inscripción del recién nacido solo toman en cuenta los apellidos de la madre al momento de registrar solo con sus apellidos, sin tomar en cuenta los apellidos del padre. Por otro lado, se desarrollará en función a una investigación no experimental debido a que, en defensa de los derechos de igualdad, interés superior del menor y unión familiar, no se harán experimentos con las variables, sino que las mismas serán solo analizadas, para poder lograr el resultado querido (vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la discriminación en la inscripción del recién nacido solo con los apellidos del padre). En tanto al ser esta una investigación en la rama de ciencias jurídicas, el diseño no experimental es vital para poder estudiar las variables dependiente e independiente, sin que se haga algún tipo de experimento con las mismas.

Palabras claves: derecho de igualdad, discriminación, inscripción

ABSTRAC

In the present investigation it is sought to determine if there is a violation of the right to equality before the law and discrimination when the newborn is registered with the father's last names as raised in the Ricardo Moran case, where it was possible to demonstrate the violation of the regulations based on the registration records, reaching the possible solution where if the equal right is violated before the law and discrimination then it is established that in the registration of the newborn only take into account the last names of the mother at the time of registering only with her last name, without taking into account the father's last name. On the other hand, it will be developed based on a non-experimental investigation because, in defense of the rights of equality, the best interests of the child and family union, experiments with the variables will not be done, but that they will only be analyzed, in order to to achieve the desired result (violation of the right to equality before the law and discrimination in the registration of the newborn only with the father's last names). As this is an investigation in the branch of legal sciences, the non-experimental design is vital to be able to study the dependent and independent variables, without some type of experiment being carried out with them.

Keywords: *right to equality, discrimination, registration*

I. INTRODUCCIÓN

La norma en análisis prevé la igualdad del hombre (varón) y la mujer en la titularidad de los derechos, así como en su ejercicio, lo cual desde el año 1984 que se aprobó el Código Civil no ha sido objeto de crítica debido a que formalmente el texto resalta una obvia verdad sin nada de cuestionamiento. Posteriormente, fue eclipsado con la entrada de la Constitución Política del Perú de 1993, y el avance de la disciplina de derecho constitucional quien cada vez concentra exclusivamente los estudios del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres. Todo ello hace comprender por qué no es un artículo citado en la jurisprudencia respecto a casos que versan sobre este derecho de la persona. (Chanamé, 2015, p. 180).

En efecto, los derechos civiles de la persona se replican con el rótulo de *derechos fundamentales* por estar en la Constitución Política del Perú, y con el rótulo de *derechos humanos* por estar también en los acuerdos, pactos o convenciones internacionales, del que el Perú es parte.

A pesar de ello en la presente investigación se analizará el caso del productor y animador Ricardo Morán quien anunció que presentará una acción de amparo para que sus hijos sean reconocidos como ciudadanos peruanos, como establece la Constitución para los niños y niñas cuyos padres sean de esta nacionalidad y hayan nacido en cualquier parte del mundo.

Frente a lo que se planteó se llega a determinar que para el autor Chanamé la igualdad consiste en que toda ley, al tener carácter general, debe aplicarse por igual sin ningún particularismo o excepcionalidad, sino de manera universal; en ese sentido, el Tribunal Constitucional (Expediente N.º 0261-2003-AA/TC), ha enfatizado que la igualdad es un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, salvo que exista una justificación objetiva y razonable de esa semejanza de trato. (Chanamé, 2015, p. 180).

En dicha línea, debe partirse bajo un análisis de convencionalidad, esto es, que este artículo debe entenderse acorde a los tratados internacionales sobre derecho a la igualdad, que siendo reconocidos por el Perú forman parte del derecho interno y por tanto los jueces, abogados, doctrinarios, y cualquier persona deben saber y aplicar directamente, conforme a lo dispuesto por la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú, que establece que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. (Piña, 2019, p. 110).

Adicionalmente a los mencionados instrumentos internacionales existen otros que protegen de la discriminación a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad. Tenemos así a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, entre otros. (Chanamé, 2015, p. 180).

Desde una perspectiva constitucional, se aborda el tema de la igualdad, conceptuándosele desde una doble dimensión: por un lado, como directriz normativa del ordenamiento jurídico del Estado, valor fundamental que debe asegurar y salvaguardar; y, de otro lado, como un derecho fundamental, que confiere el derecho a ser tratado con igualdad ante la ley y no ser discriminado, tomando en cuenta el caso de Ricardo moran y la discriminación en la inscripción del recién nacido por el hecho de colocar solo los apellidos del padre. (Chanamé, 2015, p. 180).

Así mismo se plantea: ¿De qué manera el inscribir a un recién nacido solo con los apellidos de la madre vulnera el derecho de igualdad ante la ley y la no discriminación?

Pues se considera toda persona tiene derecho a construir su única historia personal, esta identidad que es necesaria para conocer su procedencia, la búsqueda de sus raíces que den razón al presente que les toca vivir, a través del reencuentro con su historia individual y grupal irrepetible, que debe ser respetado y protegido de modo especial, toda vez que es esencial en las etapas de la vida en las cuales la personalidad debe consolidarse. (Mosquera, 2012, p. 78).

Así mismo como posible solución se tiene que: si se inscribe a un recién nacido solo con los apellidos de la madre entonces se genera una vulneración al derecho de igualdad ante la ley y la no discriminación debido a que no se toma en cuenta la inscripción por parte del padre.

Sin embargo, se busca como objetivo general: Determinar el grado de vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la discriminación en la inscripción del recién nacido solo con los apellidos del padre. Y como objetivo específico: Identificar el derecho a la igualdad ante la ley y la discriminación que existe frente a la inscripción del recién nacido. Analizar la inscripción que se da de un recién nacido y la aplicación del otorgamiento de los apellidos. Estudiar el caso Ricardo Moran y determinar la inscripción del padre ante un proyecto de ley para evitar la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la discriminación en la inscripción del recién nacido solo con los apellidos del padre.

Por otro lado, se tiene que tomar en cuenta que la investigación principalmente busca el reconocimiento del padre hacia el hijo se constituye como un modo de determinación de la filiación extramatrimonial, de tal forma que resulta siendo un acto jurídico familiar por el cual se declara que una persona es hijo de quien emite la declaración, para que luego posteriormente se fundamente en el derecho a la identidad dando así origen a un derecho de identidad psicológica, social, cultural y sobre todo biológica e histórica.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

2.1.1. Internacionales

El autor Cantoral, en su artículo titulado “El derecho a la identidad del menor: el caso de México” publicado en la Revista boliviana de derecho, entre sus conclusiones señala que; El menor tiene derecho a conocer la verdad sobre su origen, lo que le permite tener un nombre y una filiación, lo que le permitirá acceder a otros derechos tales como la salud y la educación. En el caso de menores, la falta de registro de nacimiento los coloca en una situación de gran vulnerabilidad, porque les impide ejercer otras prerrogativas, tales como el acceso a la educación, servicios de salud, la expedición de un pasaporte, inclusive el derecho a que el menor pueda conocer exactamente la fecha de nacimiento y sus orígenes. Las garantías del derecho a la identidad del menor son el registro de nacimiento y la expedición de la cédula de identidad, en cuanto a la primera se está trabajando en la armonización del Registro Civil y en cuanto a la segunda todavía hace falta mucho camino por recorrer en el sistema jurídico mexicano (Cantoral, 2015, p. 105).

2.1.2. Nacionales

Chávez en su tesis titulada “el interés superior del niño, niña y adolescente, un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia”, para obtener el grado de abogado en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, sobre el tema en cuestión detalla que; El Perú firmó la CDN el 26 de enero de 1990 y la ratificó el 3 de agosto de 1990, mediante la Resolución Legislativa 25278 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 4 de agosto de 1990,

formando, desde ese momento, parte del ordenamiento jurídico peruano. La importancia de la ratificación de la CDN es tal que se ha visto reflejada en el PNAIA 2012-2018: La suscripción de la Convención por parte de la mayoría de países del mundo, significa que los Estados han asumido obligaciones y responsabilidades que son de cumplimiento obligatorio para todos los gobiernos y todas las personas. Este tratado de las Naciones Unidas es la primera ley internacional jurídicamente vinculante sobre los derechos de la niña, el niño y el adolescente; en sus 54 artículos están consignados los principales derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la infancia y adolescencia (Chávez, 2018, p. 301).

2.1.3. Locales

Guevara, en su tesis titulada “análisis de la protección del derecho a la identidad del niño nacido en el Perú”, investigación de grado para obtener el grado de bachiller en derecho por la Universidad Señor de Sipan, sobre el tema en cuestión detalla que; Se entiende entonces como derecho a la identidad al derecho que protege a la persona en lo que integra su propio ser, es decir quién es y cómo es. Este derecho comprende diversas características del ser humano las cuales abarcan desde sus características corporales, su herencia genética, etc., es decir su aspecto físico y biológico hasta los de mayor desarrollo espiritual como su ideología, su identidad cultural, sus talentos, su honor, sus valores, su reputación, etc (Guevara, 2019, p. 108).

Cárdenas, en su investigación de grado denominada “El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica”, en la Universidad Privada Santo Toribio de Mogrovejo sobre el tema en cuestión detalla que; la relación biológica del nacido de fecundación asistida respecto del donante de gametos tiene una enorme importancia para toda persona, pues

determina una herencia genética de la que derivan importantes caracteres hereditarios –ser moreno oscuro o albino, padecer hemofilia o tener una especial proclividad para el cáncer o la depresión-, con notable trascendencia para la persona y en la conformación de su personalidad. Todo ello excede del ámbito de la relación jurídica familiar que es la de filiación, para afectar un derecho fundamental de la persona (emparentado con el derecho a conocer el propio origen y con su dignidad personal (Cárdenas, 2014, p. 97).

Piña, en su tesis denominada “implicancias jurídicas de la maternidad subrogada: propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista”, para poder obtener el grado de abogado en derecho por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, sobre el tema en particular precisa que; El sustento teórico, permite realizar un repaso de la problemática jurídica de la Maternidad Subrogada, en aspectos como: formas, naturaleza ética y jurídica y en relación al nasciturus; derechos involucrados, en referencia a procrear, a conocer el origen biológico como derecho fundamental; condiciones jurídicas del nasciturus; reproducción asistida en el Perú y la Maternidad Subrogada Altruista como perspectiva intermedia. Como conclusión cardinal, se precisa que la Gestación Subrogada Altruista: atiende la voluntad procreacional de aquellas personas que quieren tener hijos y carecen de la capacidad para gestarlos; limita el riesgo de explotación de las mujeres gestantes y de cosificación de los niños; concilia derechos: de la persona a la paternidad/ maternidad y de la mujer al ejercicio de su autonomía corporal. Se precisa, así mismo, que no tiene por qué ser contraria a la dignidad de la gestante ni al interés superior del niño y que es necesario estudiarla en profundidad, para regularla (Piña, 2019, p. 110).

2.2. Base teórica

2.2.1. Derecho de igualdad

La igualdad de género se considera un valor superior, sirve para interpretar todo el sistema legal y es un elemento estructural de nuestra ley, es decir, se ha convertido en un criterio básico "para procesar, ordenar la convivencia y definir sus objetivos". Y así es, el constituyente español quería destacar la importancia de la igualdad, elevándola a la categoría de mayor valor, para que su aplicación se implemente informando y ayudando a interpretar e integrar todo el sistema de justicia, basado en la obtención de justicia. La igualdad de género, tan apreciada, se encuentra en la frontera de la Constitución y sirve como una torre de vigilancia para guiar e interpretar la voluntad del legislador, y es, por lo tanto, el punto de partida para el resto del sistema legal con fines legales (Facio, 2002, p. 54).

Es un concepto que compromete profundamente la visión política del Estado, ya que la igualdad nunca se desconecta de la libertad y la ley, por lo que sus condiciones se cuestionan para generar confusión. Por otro lado, una concepción es la aplicación concreta de una realidad dada; Visto de esta manera, la noción de igualdad en nuestra cultura cristiano-occidental se basa en las nociones aristotélicas de que la justicia es igualdad en la aplicación de los criterios de decisión y que las desigualdades son justas y desiguales.

Lo primero que aprendemos sobre los derechos fundamentales es el principio de igualdad, "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos", cuando a una persona se le niega el derecho a la igualdad, surge el problema de la discriminación, abordado por las diversas áreas de Ciencias Sociales (López, 2015, p. 106).

En este análisis, me refiero a ellos en la medida en que afectan claramente la ley, y no puede ser de otra manera, ya que la discriminación no es un fenómeno aislado en el sistema de justicia; De alguna manera, nuestra legislación discrimina a los destinatarios de sus normas.

La igualdad ante la ley es la aplicación correcta de la ley, incluso si abre la desigualdad, habrá, si la ley se aplica realmente. La igualdad en la ley está relacionada con la racionalidad del contenido de la regla cuando se crea, que ya no es una igualación pura de la capacidad jurídica, que se basa en una mayor demanda de justicia: "Tratar de la misma manera y tratar de manera diferente a la otra" .

El principio de igualdad ante la ley muestra cómo no se hacen diferencias visibles. La ley se aplica a todas las personas por igual, sin tener en cuenta las diferencias entre hombres y mujeres, cuando debe tomarse como referencia que la igualdad significa igualdad de trato entre diferentes personas. Cuando hablamos de igualdad legal, tomemos un descanso de analizar qué es la ley. Como sabemos, la tendencia a tomar al hombre como referencia para el hombre es que todas las instituciones solo pueden ser parte del fenómeno androcéntrico.

El área de la justicia es, por lo tanto, no solo el conjunto de normas, sino el dogma, la cultura, el discurso, las actitudes, la conciencia de la vida cotidiana; En este concepto más amplio, la igualdad está estrechamente vinculada al sistema patriarcal e incluso puede considerarse un producto del mismo. Aunque el término ley significa una singularidad o unidad, la ley es mucho más, es un nivel en el que se convierte en parte de una carta como resultado de un proceso político; En otro nivel, hay prácticas legales que se interpretan con menos escrutinio en la vida cotidiana. Pero la ley es más que la suma de estas cosas, eso es en lo que la gente cree, siempre y cuando puedan controlar sus acciones a través de ella (Selene, 2013, p. 64).

La legalización de la vida cotidiana transforma los problemas que encuentra, con el fin de confirmar que cada problema social tiene una solución legal o que, detrás de cada necesidad, existe un derecho, la ley proporciona una base para construir los resultados deseados.

En cualquier caso, el derecho a la igualdad, como todos los demás derechos fundamentales, padece una afección médica que, sin una importancia insuperable, complica su custodia adecuada. Y es cierto que este principio, cuando se introduce en el lenguaje de los derechos constitucionales y, en general, en todas las disposiciones constitucionales, tiene el más alto grado de indeterminación (West, 2000, p. 98).

Este principio puede ser violado por prácticas discriminatorias. Sin embargo, es obvio que en el pasado no era difícil descubrir una práctica que pudiera considerarse discriminatoria, al menos analizada desde el punto de vista actual. Pero las leyes discriminatorias ahora están siendo advertidas más por sus efectos desiguales que por sus propósitos obviamente discriminatorios. En nuestro contexto, está claro cómo la legislación tiene efectos desiguales. Sin embargo, catalogar estos efectos como discriminatorios puede tener varias consecuencias legales.

2.2.2. Principio de igualdad

El principio de igualdad dice que, si hay diferencias irrelevantes entre dos personas, deberíamos darles el mismo trato, pero también requiere que, si estas personas mantienen diferencias relevantes, el trato dado por el sistema de justicia también debe ser diferente.

La igualdad de género, aunque ha cambiado a lo largo de la historia en sociedades cada vez más complejas, es uno de los principios básicos del constitucionalismo; El cambio en la posición constitucional de las mujeres coincide con su desarrollo y se presenta como su efecto indirecto (Aguilar, 2008, p. 67).

El derecho a la igualdad está consagrado en todas las leyes constitucionales occidentales; por lo tanto, ninguna norma legal puede contradecir la dignidad humana. Junto con el principio constitucional de igualdad ante la ley que se compromete a abstenerse de desarrollar

cualquier diferencia arbitraria o discriminatoria contra las personas, existe una salvaguardia positiva de la igualdad que debe otorgarse a las personas o grupos sociales en condiciones desiguales.

En el contexto del desarrollo constitucional, nacional e internacional, existe una igualdad más estrecha entre hombres y mujeres frente a los desafíos para garantizar la efectividad de la igualdad material y los derechos sociales estrechamente vinculados a la protección de los derechos humanos. Defender la dignidad humana y buscar criterios legalmente de conciencia que permitan aproximar su racionalidad, sus metas y objetivos, que no pueden contradecir la Constitución o los tratados internacionales de derechos humanos (Krasnow, s/f, p. 91).

En este sentido, el reconocimiento constitucional de la igualdad, independientemente del género, en países como Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela también ha dado lugar a la promoción y adopción de legislación específica sobre igualdad entre hombres y mujeres. Mujeres, como es el caso, entre otros, en Costa Rica, Venezuela, Noruega, Finlandia, Dinamarca, Reino Unido y Australia. E incluso a nivel local, la adopción de regulaciones específicas para la igualdad de género, como en el caso de las comunidades autónomas de Castilla y León y Valencia, España. Para el constitucionalismo, el principio de igualdad ha existido antes y ahora se le exige que tenga una gran influencia en el futuro.

Este principio, debido al proceso de especificar derechos, evaluar legalmente las diferencias y respetar la igualdad de dignidad de todas las personas, requiere que las autoridades públicas traten a las diferentes personas que son desigualdades, por razones especiales como el género, para eliminar esta posición. Desigualdad. (Marañón, 2018, p. 75)

Del mismo modo, las personas que, debido a la igualdad, deben ser tratadas de manera similar, pero también debido a la igualdad, los individuos con rasgos o características que los distinguen, como el género

o la raza, deben ser tratados de manera diferente, solo porque hay un recurso que los diferencia, es más difícil alcanzar y disfrutar de bienes y derechos.

Finalmente, la igualdad es un derecho que todos los miembros de un Estado tienen derecho a ser tratados por igual, es un derecho subjetivo a recibir un "trato igualitario", a estar sujetos a las mismas reglas y, por el contrario, a poder afirmar que está relacionado con el concepto genial Del mismo modo, significa el derecho de toda persona a tener acceso a los mismos derechos y al disfrute de la propiedad, independientemente de las diferencias existentes (Lobo, 2011, p. 18).

2.2.3. Principio de igualdad de derechos

El principio de igualdad es la afirmación de un valor que ha existido a lo largo de la historia humana. Aunque la igualdad, desde el pensamiento clásico, se concibe como el criterio más amplio para la justicia y como la igualdad que debe existir entre iguales, porque la justicia implica el respeto legal y la igualdad, lo que impide la creación de desigualdades injustificadas.

Actualmente en nuestro país, en caso de divorcio, la posesión de niños deshonrados se entrega exclusivamente a la madre, de acuerdo con la ley. Desafortunadamente, en nuestro país, hasta hoy, se trata una ideología patriarcal, donde se cree que la única que puede cuidar a los niños es la mujer. Por otro lado, según algunos estudios realizados por psicólogos, tanto el padre como la madre son adecuados para cuidar a los niños, por lo tanto, en nuestra legislación, es urgente reformar los problemas mencionados anteriormente (Mannarelli, 2004, p. 73).

El reconocimiento y la garantía de la igualdad de dignidad de todas las personas es independiente de la edad, la capacidad intelectual o la

conciencia. Esta dignidad igual se proclama por el respeto de cada persona o persona y no por las personas jurídicas.

Una idea de la igual dignidad de las personas es lo que se predica como un valor espiritual y moral inherente a cada persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable en sus propias vidas, lo que conlleva el reclamo de respeto por los demás y la idea de que las personas son siempre sustancias y nunca instrumentos o medios para el desarrollo de otros fines”

“La igualdad de género como un derecho fundamental reconoce la propiedad de todas las personas sobre la igualdad legalmente buena, que puede ser impugnada por cualquier receptor, lo que significa el derecho a no ser discriminado por razones de naturaleza subjetiva u otras que sean legalmente relevantes, ¡con y! en consecuencia, un mandato relacionado con respecto a las agencias o autoridades gubernamentales y las personas que prohíben la discriminación” (Mosquera, 2012, p. 78).

El principio y el derecho a la igualdad siempre se proyectan en dos niveles diferentes: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La igualdad ante la ley se refiere a la efectividad del mandato para la aplicación equitativa en el campo administrativo, en el área de jurisdicción y en la relación entre individuos. La igualdad en la ley se refiere a la igualdad como un derecho fundamental, su efectividad vinculante contra la ley, contra el legislador.

2.2.4. Igualdad e identidad

Hay mucho que se puede y se debe decir sobre la igualdad bajo la ley sobre mujeres y hombres, pero ese comentario se centrará principalmente en la responsabilidad que tienen los estados de garantizar que todas las mujeres disfruten de todos sus derechos humanos en igualdad de condiciones con los hombres. Sin embargo, antes de discutir esta responsabilidad, se hará un breve comentario sobre el concepto mismo. La igualdad de género se

percibía desde el pensamiento político clásico como un hecho y no como un valor. (Marioni, 2013, p. 68)

Desde Aristóteles hasta gran parte del pensamiento ilustrado, el peso de la igualdad estuvo motivado por argumentos de hecho: los hombres, dijo Hobbes, son iguales porque todos mueren; o porque, escribió Locke, tienen los mismos gradientes y facultades; o, como dijo Rousseau, la igualdad se mide en relación con las habilidades y los méritos de cada individuo. Desde entonces, las personas afectadas por la desigualdad y la discriminación deben demostrar que son "iguales" en el sentido de "similares" a aquellos que ya tienen los derechos que buscamos. Es por eso que la lucha de las mujeres para lograr la ciudadanía plena se presenta como la lucha de las mujeres para ser tan (idéntica) como los hombres.

Por otro lado, hay personas que dicen estar a favor de la igualdad de género, pero se oponen a todas las medidas que les otorgan un trato diferente, como si los hombres y las mujeres ya estuvieran en un nivel real de igualdad o porque, como en el primer caso, confunden igualdad con igualdad o igualdad entre los sexos. Teniendo en cuenta la estrecha relación entre la lucha de las mujeres por la igualdad y los derechos humanos, está claro que ambas han sido una lucha para lograr la ciudadanía plena (García, 2014, p. 62).

En otras palabras, los esfuerzos de las mujeres por la igualdad de género han sido reconocer que pertenecen a la especie humana, una condición que la mayoría de los hombres ya había alcanzado. Es por eso que es comprensible que, a veces, esta lucha parezca ser más para ser igual a los hombres que para lograr los derechos de todas las mujeres.

Es importante recordar que el derecho a la igualdad desde la perspectiva de los derechos humanos ni siquiera es objeto de una realización gradual, como lo son los derechos económicos, sociales o culturales; Tampoco depende de la disponibilidad de recursos. Ningún estado puede afirmar que

no tiene suficientes recursos para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres o que gradualmente establece el derecho a la igualdad. El derecho a la igualdad puede y debe ser exigido inmediatamente por los estados (Baeza, 2001, p. 38).

Además, el principio de realización gradual no significa que un estado sea libre de tomar todas las medidas que generalmente van en la dirección correcta. Los estados tienen la obligación legal de tomar medidas "deliberadas, concretas y específicas" para hacer realidad todos los derechos para todos. La investigación y la experiencia confirman que algunas medidas funcionan mejor que otras; Por lo tanto, los estados deben adoptar las mejores medidas disponibles. Es importante continuar tratando de aclarar qué estados tienen obligaciones inmediatas con respecto al derecho a la igualdad.

Incluso en los casos en que el gobierno de un país de bajos ingresos no tiene recursos suficientes para cumplir con sus obligaciones inmediatas, corresponde a quienes pueden hacerlo, brindando la asistencia internacional y la cooperación necesaria para que el gobierno cumpla con sus obligaciones más rápidamente. Urgencia: por ejemplo, reducir la mortalidad materna y feminizar la pobreza, eliminar la violencia de género contra las mujeres, educar a las niñas, etc (Silva, 2004, p. 47).

Es por lo anterior que el segundo tipo de medidas requeridas por el Estado en cada uno de los tres niveles (respeto, protección y garantía) para lograr la igualdad ante la ley son aquellas destinadas a corregir las desigualdades y desventajas de las mujeres en relación con, es decir, medidas que eliminan la desigualdad de poder entre los sexos. Para lograr esto, las mujeres no solo necesitan igualdad de oportunidades con los hombres, sino que también tienen igual acceso a estas oportunidades.

2.2.5. El derecho a la igualdad en la mujer y el hombre

Sin perjuicio de lo indicado en el punto anterior, nos enfocaremos en la igualdad entre el hombre y la mujer, en donde se logra garantizar la igualdad entre mujeres y hombres, que implica como contrapartida prohibir toda forma de discriminación; entendiéndose por discriminación cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción que tenga por finalidad o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la mujer y del hombre.

En la investigación se hace reconocible que es más igualitario que en el Código Civil de 1936, donde había restricciones de derechos cuando era mujer casada (si es hombre casado no perdía nada), lo que se entiende porque si partimos de la llegada de España a América “los conquistadores españoles eran tributarios de una tradición en la que el estatus de la naturaleza femenina era discutible. Las autoridades religiosas habían argumentado la inferioridad de las mujeres. Esta concepción la encontramos a lo largo de toda la tradición occidental. Estas características las ubicaban necesariamente bajo la tutela masculina padre, esposo o sacerdote adscribiéndolas así a un rango de menores” (Mannarelli, 2004, p. 39).

Sin embargo la obviedad civilista actúa como un fin consumado pero, debido al enfoque de género, se reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género, por lo que se debe orientar el diseño de las estrategias de intervención dirigidas al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en el ámbito del derecho privado sobre todo, lo que supone modificar las circunstancias que han impedido a las mujeres el ejercicio pleno de sus derechos y el acceso a las oportunidades, así como eliminar las desventajas de las mujeres en la vida cotidiana, debido a las desigualdades producto de la discriminación histórica que han padecido y a las relaciones de poder vigentes en la sociedad que reproducen y perpetúan dicha discriminación (Sokolich, 2013, p. 43).

Esta igualdad para los “derechos civiles” como dice el Código Civil no significa que no sea igual para los derechos políticos, ya que también tienen al contar con sufragio y todas las prerrogativas para elegir y ser elegidas, y ni qué decir que también tienen igualdad en ámbitos económicos, sociales y culturales.

Esta apreciación no ha sido pacífica (su historia bañada en sangre lo demuestra literalmente); siendo un proceso de evolución en la interpretación y aplicación de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, el papel del órgano jurisdiccional no ha sido homogénea, siendo a veces incluso regresiva, pero se advierten pronunciamientos que han contribuido a la difícil misión de eliminar la desigualdad y discriminación normativa y jurisprudencial que afecta a las mujeres (Varela, 2018, p. 42).

Es por eso que la interpretación del Código Civil debe partir no del texto normativo, sino de la interpretación en sede judicial como en el Tribunal Constitucional, tomando en cuenta la jurisprudencia de los tribunales y comités que controlan los tratados de derechos humanos, y de las normas internacionales especializadas en materia de derechos de las mujeres como la CEDAW (Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) y la Convención Belém do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer).

Conforme con ello, toda persona que pretenda invocar lo que establece el Código Civil, sea juez, abogado litigante, estudiante, profesor, debe partir al menos de lo establecido en el CEDAW, que señala, entre otras cosas, en su artículo 1 que “la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra

esfera”. Con ello, se entiende de mejor manera la violación del artículo 4 del Código Civil como la otra cara de la misma moneda (Mosquera, 2012, p. 17).

Asimismo, en la Convención Belém do Pará en su artículo 4 señala: “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: [...] el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley”. De igual modo, en su artículo 6 se establece: “El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación” (Graziosi, 1997, p. 99).

Con ello, se reafirma la noción que el derecho a la igualdad de la mujer con el hombre no solo es un derecho civil sino un derecho humano, que comprende la protección ante la ley (implica su aplicación igualitaria) y de la ley (normas que garanticen dicha igualdad), *que la discriminación contra la mujer es un tipo de violencia*, y que tampoco debe permitirse que la mujer sea educada o valorada como un ser inferior o subordinación, lo cual implica suprimir regulaciones o interpretaciones que la traten como “sujeto débil” o “delicada” o “dependiente”.

Siendo tal su importancia, que el enfoque de igualdad de género forma parte de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada en septiembre del 2015 por 193 Estados del mundo, que forman parte de la Organizaciones de Naciones Unidas (ONU), entre ellos el Perú; pero ya desde antes, con la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995), se recomendó a los Estados a implementar la perspectiva de género en la defensa de los derechos de las mujeres. Ella provee métodos que permiten identificar necesidades no resueltas de las mujeres, allí donde el derecho neutral no observa problema

alguno por considerar que la igualdad entre mujeres y varones constituye un presupuesto ya cumplido (Aguilar, 2008, p. 55).

2.2.6. Mecanismos para lograr la aplicación del derecho a la igualdad

“A pesar de los grandes cambios históricos, el punto de vista del Derecho sobre la mujer parece haberse mantenido en el tiempo sobre la base de numerosas ambigüedades. A diferencia de muchas otras desigualdades jurídicas caracterizadoras del derecho del antiguo régimen, la desigualdad entre hombres y mujeres se ha manifestado siempre con tal evidencia y tan intrínseca a la estructura social como para justificar por sí misma cualquier tipo de discriminación. Por eso, la construcción de la desigualdad ha de buscarse en el discurso jurídico, por caminos aparentemente secundarios” (Graziosi, 1997, p. 49).

En efecto, la discriminación no es algo que se muestre abiertamente, nadie dirá “soy discriminador contra la mujer”, pero sí invisibilizarán las injusticias contra la mujer, con nociones generalizadas de que todos tenemos derechos, todos tenemos deberes, todos sufrimos injusticias, etc.

Para advertir y corregir esquemas discriminatorios, se requiere una metodología que ayude a advertir las desigualdades y adoptar las medidas para eliminarlo, empezando por la normativa y lograr la igualdad formal. En efecto, si bien la igualdad formal no garantiza la eliminación de las instancias de discriminación en la práctica, es indispensable para mejorar la condición de la mujer en la vida social, económica y política. Por ello, los estudiosos del derecho deben emprender una revisión y detecciones de los textos normativos que impiden el goce y ejercicio de los derechos de las mujeres en condición de igualdad a los hombres, y proponer también medidas permanentes y temporales encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer (Facio, 2002, p. 89).

Siendo así, se tiene la perspectiva (de igualdad) de género que es una forma de análisis que evidencia cómo es que determinados hechos o situaciones afectan de manera distinta a los hombres y a las mujeres.

Hay que aclarar que “ésta no es una perspectiva sesgada hacía el género femenino. Una perspectiva sesgada hacia el género femenino es la otra cara de la perspectiva andropocéntrica y será la perspectiva gynocéntrica. Pero como por siglos hemos visto y entendido el mundo desde la perspectiva andropocéntrica, hemos llegado a creer que ésta es una no perspectiva o el punto de vista neutral y objetivo. Y por eso muchas personas tanto hombres como mujeres se sienten incómodas cuando se les dice que deben analizar los hechos desde una perspectiva de género”, lo cual resulta preocupante y que debe corregirse, siendo una tarea para casi todos los profesionales del derecho, sean antiguos maestros o noveles estudiantes.

La perspectiva de género nos permite entender cómo las relaciones de poder entre hombres y mujeres afectan el ejercicio de sus derechos, y que varían según edad, clases, y razas, aunado a factores económicos y geográficos. Por ejemplo: “Muchas veces hasta el hombre más pobre tiene más acceso a la justicia que algunas mujeres adineradas porque puede buscar ayuda legal gratuita contra su empleador, su colega, su víctima o contra cualquier persona que le haya violado sus derechos. Existen casos documentados de mujeres adineradas que no han podido salirse de un matrimonio violento porque no encuentran quién las represente en juicio o porque saben que sus maridos tendrán asesoría legal de mucha más calidad y por ende temen perderlo todo, incluyendo a sus hijos” (Baeza, 2001, p. 94).

Asimismo, “la perspectiva de género implica visibilizar la condición de la mujer respecto al hombre, a fin de identificar lo que le impide desarrollar todas sus potencialidades y que se le valore dentro de la sociedad”, sea a nivel práctico y teórico. “El enfoque de género es una forma de mirar la realidad, a través de la cual se identifican los roles y las tareas realizadas por las mujeres y los

hombres, los cuales son asignados por la sociedad”, y con base en ello determinar su razonabilidad (Silva, 2004, p. 19).

Sin enfoque de género se redacta e interpreta normas civiles bajo criterio exclusivo del rol reproductor, responsables del cuidado y el rol materno de la mujer; pero con enfoque de género se efectúa bajo criterio de responsabilidades compartidas entre hombres y mujeres en el ejercicio de la sexualidad responsable y planificación conjunta de la familia. Y esto no solo debe pensarse en aspectos de derecho familia o siquiera derecho civil, es un enfoque que atraviesa todo el derecho y lo pone bajo contraste, sea derecho penal o derecho comercial. Un caso específico: sin enfoque de género se redacta e interpreta normas civiles sobre la base de la titularidad de las tierras recaídas, generalmente, en hombres, pero con enfoque de género se efectúa reconociendo a las mujeres como actoras directas en el trabajo de la tierra.

Por lo que “la transversalización del enfoque de género permite hacer de las necesidades e intereses de mujeres y hombres una dimensión integrada en el diseño, la implementación, el monitoreo y la evaluación de las políticas y programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que hombres y mujeres se beneficien igualitariamente. En suma, el objetivo final es lograr la igualdad de género” en todas las instituciones sociojurídicas.

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas definió la transversalización de la perspectiva de género de la siguiente manera: “Es una estrategia para hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres así como también de los hombres constituyan una dimensión integral del diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas y programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales de modo que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y la desigualdad no sea perpetuada. El fin último es alcanzar la igualdad de los géneros” (López, 2015, p. 64).

Por ello, cuando el juez, árbitro, o el abogado consultor pretenden resolver una controversia jurídica o una incertidumbre, no basta tomar en cuenta los

factores económicos, sino la posición de la mujer, a fin de advertir inequidades que infrinjan este artículo 4. Un diagnóstico del factor económico sin perspectiva de género no nos da un diagnóstico real de la incidencia de dicho factor, que conlleva a una inadecuada resolución de conflictos. Eso implica que para poder tener una adecuada comprensión profunda de este artículo hay que aceptar que históricamente se ha partido de un antropocentrismo en los mismos principios del derecho y, a partir de ahí, reexaminarlo con las hipótesis que subyacen en la teoría y metodología del enfoque de género para poder detectar la presencia del sesgo andropocéntrico (Selene, 2013, p. 85).

Por otro lado, es evidente apreciar que la discriminación contra la mujer no la encontraremos usualmente en la norma, sino en la práctica legal cotidiana, y también del lenguaje jurídico, que en este último caso está siendo modificado con un lenguaje inclusivo, que ya es una obligación hacerlo. El lenguaje jurídico es una expresión de la norma, de la jurisprudencia y de la doctrina, por eso a través de este el poder se abusa, se ejerce o se cuestiona.

“Reconocer que el derecho es un discurso del poder, tanto del poder estatal como de los múltiples poderes locales, nos llevará a poner atención, más que a la norma formal, al cómo ella establece reglas, pensamientos, actitudes y comportamientos que la norma presupone e incorpora, así como a poner atención a la forma como la norma institucionaliza lo que debe ser considerado como legítimo o ilegítimo, aceptable o inaceptable, natural o desnaturalizado. El estudio del derecho como discurso puede ser clave para las mujeres porque puede demostrar como el derecho es patriarcal más allá de la norma, aun la norma protectora de los derechos de las mujeres”.

Por otro lado, si bien es necesario un enfoque de género en el estudio de las instituciones, no conlleva a tener un enfoque feminista, ya que “el feminismo es un discurso político basado en la justicia. El feminismo es una teoría política articulada por las mujeres que, tras analizar la realidad en la que viven, toman consciencia de las discriminaciones que sufren por la única razón de ser mujeres y deciden organizarse para acabar con ellas, para cambiar la

sociedad. El feminismo se articula como filosofía política y, al mismo tiempo, como movimiento social” (Varela, 2018, p. 11).

“La teoría feminista consiste en dos modestos proyectos. El primer proyecto es el desenmascaramiento y crítica del patriarcado, oculto detrás de un Derecho y una teoría pretendidamente neutrales en cuanto al género, encubierta bajo la protección de la teoría del derecho. El segundo proyecto puede ser llamado teoría re constructivista del Derecho. Los últimos veinte años han visto una cantidad considerable de reformas sobre violación, acoso sexual, libertad de reproducción y derechos del embarazo en el lugar de trabajo. La teoría re constructivista-feminista del Derecho se debe poner a sí misma la tarea de re articular estos nuevos derechos de una manera que revelen, en lugar de que escondan, su origen en el distintivo estado existencial y material de ser de las mujeres”. Y dentro del feminismo encontramos múltiples corrientes que difieren del modo de llegar a la igualdad, lo que no deja de ser importante este pensamiento para lograr los objetos de igualdad, que te abre aspectos alternativos de afrontar la problemática, necesarios para encontrar las soluciones (West, 2000, pp. 158 – 159).

Resalta importante la idea de Marañón que señala lo siguiente: “algunas personas te dirán frases como esta: “Los extremos no son buenos, ni machismo ni feminismo: igualdad”. Por supuesto que las feministas no queremos discriminar a los varones (para eso harían falta siglos de sometimiento y el ejercicio de la violencia sobre ellos de forma sistemática), pero esas personas no saben lo que significa la palabra *feminismo*. en el movimiento feminista las mujeres tomamos conciencia de la opresión y la explotación que recibimos por parte de los varones y reivindicamos nuestra libertad y nuestros derechos”. “También hay mujeres que dice no haber sentido nunca la opresión del patriarcado. A ellas hay que recordarles una frase de Rosa de Luxemburgo que dice lo siguiente: “Quien no se mueve no escucha el ruido de sus cadenas” (Marañón, 2018, pp. 17 – 18).

Ahora bien, para poder efectuar un análisis de una normativa civil o su jurisprudencia tenemos que identificar la forma en que el derecho repercute sobre la mujer, haciéndonos la pregunta por cómo se aplicaría en la mujer, luego contextualizar el derecho a partir del caso a través de la aplicación de principios destinados al fin constitucional de lograr la igualdad del hombre y la mujer en la práctica. Después, articular y conocer las experiencias grupales de mujeres para crear significados destinados a amparar un ordenamiento que sea coherente con la resolución de sus necesidades.

Esta perspectiva, este enfoque no es solo doctrinal o posición particular, sino que tiene soporte normativo a nivel nacional y que se debe conocer para el mejor entendimiento de este artículo. Entre las normas principales contamos con las siguientes:

Ley N.º28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (2007)

Artículo 2.- Del concepto de discriminación

Para los efectos de la presente Ley, se entiende por discriminación cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre la mujer y el hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra, en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú y en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado peruano.

Como se ha explicado, para el derecho a la igualdad entre hombre y la mujer, y su infracción que decanta en una discriminación, debe partirse desde los

instrumentos internacionales suscritos, luego recurrir a Constitución Política del Perú, y después hacer uso de la normativa civil.

2.2.7. El derecho y el deber de llevar un nombre

El artículo 19 del Código Civil establece expresamente que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, y que el nombre incluye los apellidos. La generalidad del enunciado normativo, empero, se concretiza respecto al nombre como derecho, por un lado, y al nombre como deber, por el otro (Silva, 2004, p. 78).

En lo que se refiere al nombre como derecho, es como tal un derecho subjetivo que se ejercita ante los órganos del Estado, en especial los órganos jurisdiccionales. Toda persona tiene el derecho de llevar un nombre, y para ello se le habilitan los canales correspondientes del Estado ante el cual hacer valer sus derechos, como es el caso de exigir ante las autoridades que se le reconozca un determinado nombre, al punto de que los menores de edad incluso pueden conservar los apellidos de la persona que se demostró no es su progenitor demandado por alimentos y/o filiación extramatrimonial.

Si bien es cierto en este caso es de consideración el principio del interés superior del niño, el apellido conservado no afirma ningún vínculo parental, pues, de lo contrario, devendría en una conculcación a los derechos de la persona mayor de edad cuyo apellido se mantiene en el acta de nacimiento del menor. El Estado no puede servir de instrumento de injusticia ni prestarse a la violación de los derechos de los seres humanos (Varela, 2018, p. 67).

2.2.8. El derecho de llevar un nombre

Viene a ser el derecho al nombre como tal, desde el punto de vista del derecho subjetivo. El derecho al nombre se encuentra dentro de los derechos de primera generación, de carácter individual, propios de los derechos civiles y políticos, que en el caso del derecho civil que se gesta en el sistema jurídico romano-germánico adquieren una especial importancia (West, 2000, p. 97)

El peso de la tradición romanista ha sido tal, que en el sistema continental se le ha denominado al derecho civil como derecho común, no teniendo, por cierto, nada que ver esta última denominación con el *common law* del sistema jurídico inglés, al estar construido este último sobre la base del derecho consuetudinario y los precedentes judiciales.

En ese sentido, que llega a determinar que: “El “derecho civil” es todavía el derecho fundamental para la mayoría de los abogados civiles. De aquí surge un problema de terminología. Los abogados bajo el derecho común usan el término “derecho civil” para referirse a todo el sistema legal de las naciones que siguen la tradición del derecho civil”. La cita es pertinente a modo de contexto de lo que viene a ser el derecho al nombre en un sistema jurídico romanista; esto es, muy ligado a las formas y a las solemnidades del caso (García, 1997, p. 64).

El derecho civil se construye como derecho común en el sistema jurídico romano-germánico porque precisamente le da más énfasis a los ornamentos y características de la ley escrita, que fue fijada como fuente central del sistema romanista, siguiendo la tradición romana del derecho escrito y patrimonial por excelencia.

El derecho al nombre que analizamos se da dentro de los alcances del sistema normativo civilista de base romanista, por lo que la escrituralidad, en primer lugar, y la solemnidad, en segundo lugar, acompañan a la noción de derecho al nombre, por lo que el derecho al nombre debe de considerar aspectos de cierta permanencia en el tiempo, lo que dificulta por ejemplo el cambio del nombre en nuestro país, pues para ello se tiene que recurrir a la autoridad judicial en cualquiera de sus instancias o niveles.

Asimismo, el derecho al nombre implica el acto de exigir el cumplimiento del mismo a las entidades estatales, las cuales tienen a su vez el deber de reconocer tal derecho, como un elemento inherente a la misma condición humana.

Si bien el derecho al nombre puede diferir de acuerdo con las diferencias culturales de país y sistema jurídico, importa un atributo consustancial a la humanidad: ser identificado conforme ciertas pautas y reglas impuestas por la familia y la sociedad en donde deviene la familia. De ese modo, el derecho al nombre implicaría el derecho a la identidad humana, según los rasgos y caracteres de la sociedad civil en la cual existe una persona determinada (Facio, 2002, p. 48).

Tal derecho a la identidad se especifica como el derecho a ser identificado en medio de la sociedad humana, en la cual transcurre la vida del ser humano individual, descubriéndose el derecho a ser identificado como un derecho derivado del derecho al nombre, y, en ese sentido, se muestra como un derecho operativo llamado a orientar al ser humano en medio de la sociedad y facilitar de ese modo el reconocimiento de otros derechos, al dirigirse la protección y la tutela de los derechos a una persona en específico, al cual al ser identificada puede reclamar su derecho al trabajo y la educación, por ejemplo.

En ese sentido, el derecho al nombre se relaciona directamente con el derecho a la identidad, y se operativiza a través del derecho a la identificación del ser humano en sociedad.

2.2.9. El deber de llevar un nombre

Como contraparte dialéctica del derecho al nombre encontramos que el Código Civil peruano consigna el deber de llevar un nombre.

Encontramos que este “deber” no tiene su sede de origen en la persona humana, por cuanto el nombre es por excelencia, por todo y ante todo un derecho del ser humano, exigible ante el Estado (López, 2015, p. 68).

Si bien por declaraciones de principio, de índole constitucional, se habla por ejemplo del derecho y el deber de tener un trabajo, queda claro que es deber del Estado el garantizar que toda persona tenga trabajo o empleo a partir de

una igualdad de oportunidades que se define en última instancia por el mérito, y no por discriminaciones de ninguna clase (social, económica o racial). De igual manera, respecto a la declaración civilista de que “toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre”, pensamos que como discurso jurídico-político es aceptable; mas como deber exigible a la misma persona humana, no es tanto así, ya que es el Estado el que se encuentra obligado a otorgar un nombre a la persona en caso de que esta no tenga nombre, como sucede con las personas que situadas completamente al margen de la ley encuentran en el hecho de que no se les puede identificar con un nombre legal el instrumento idóneo a sus fines delictivos, pues resulta que es muy difícil dar con ellas cuando no poseen nombres, que cuando sí los tienen (Sokolich, 2013, p. 182).

Si una persona deseara llamarse X o Y, desconociéndose sus apellidos, al haber nacido y crecido en medio de la orfandad, es el Estado el que tiene el deber de solucionar la carencia de nombres adecuados y completos. Igual vale si se trata de números. Trasladar el deber a la persona dificulta la solución a la carencia de nombre, pues los “delincuentes” no pensarían mucho para omitir una y mil veces su deber.

El nombre se define como un derecho inherente de la persona humana, y es deber del Estado el proteger el derecho al nombre del ser humano, asignando nombres, con base en parámetros de racionalidad y humanismo, en caso de carecer la persona de los mismos (Marañón, 2018, p. 48).

2.2.10. Desde la óptica de la identidad y el enfoque de genero

Si el derecho al nombre implica el derecho a la identidad humana, y en su vertiente operativa se manifiesta como el derecho a la identificación, en medio de la sociedad que cobija al ser humano, con el paso del tiempo y el discurrir de los problemas y conflictos humanos en sociedad surge, de modo evidente en la presente Edad Contemporánea, el tema de la identidad de género, como un reclamo de minorías sexuales hacia su derecho a la identidad sexual,

asociado directamente con el derecho a la orientación sexual, regulado como derecho susceptible de protegerse mediante el proceso constitucional de amparo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37, numeral 1, del Código Procesal Constitucional (Ley N.º28237).

Si bien la homosexualidad ha sido un tema tabú durante mucho tiempo en sociedades represivas de la libertad sexual, los homosexuales han sido mayoría en determinada época histórica, como el caso de la Atenas antigua que condenó a Sócrates a beber la cicuta por “corromper” a la juventud e instaurar nuevas costumbres y dioses; es decir, por enseñar a los jóvenes, entre otras cosas, que no era necesario yacer sexualmente con sus maestros varones para ser más sabios: por practicar la heterosexualidad, por encima de la bisexualidad que es una forma de homosexualidad (Lobo, 2011, P. 94).

Ahora son minoría, y como tal necesitan de una especial protección, para evitar precisamente abusos y desconocimiento de sus derechos, por lo que, respecto a los homosexuales, el derecho al nombre se revela como un derecho a la identidad, en su vertiente de identidad sexual, que debe ameritar una legislación especial, en el entendido que ser minoría en medio de una clara mayoría heterosexual los coloca en riesgo de ser conculcada su identidad de género, que si bien puede diagnosticarse como una disforia de género, ello no coloca a los homosexuales en el terreno de la inimputabilidad o de la interdicción civil, como para que otras personas decidan por ellos al momento de ser identificados con un nombre específicamente determinado.

La disforia de género no puede ser tratada como trastorno mental de la cual se desprende la identidad de género, en el sentido de que hay una discordancia entre el género físico asignado por la naturaleza a la persona humana y lo que esta persona asume como género a partir de una identificación con el sexo contrario; esto es, el ser humano nacido varón biológico se identifica como mujer, o el ser humano nacido mujer biológica se identifica como varón, se constituye como la base del derecho a la identidad de las minorías sexuales (West, 2000, p. 85).

El proyecto de vida personal de las minorías sexuales no puede ni debe ser conculcado por las entidades estatales, sino, al contrario, estas tienen la obligación de proteger su derecho no solamente a la vida evitándose con mecanismos de prevención los crímenes de odio, sino también su derecho al nombre.

En esa medida, si un ser humano nacido varón, por apariencia y psiquismo se presenta y se asume como mujer, o si un ser humano nacido mujer, por apariencia y psiquismo se presenta y se asume como varón, los nombres de los mismos deben de guardar correspondencia con lo que quieren comunicar a la sociedad en general, para evitar de ese modo todo acto de discriminación negativa o vejación contra el ser humano.

2.2.11.Las pautas de la confirmación o no del nombre impuesto por la relación paterno-filial

Por el principio de autonomía de la voluntad, la asignación del nombre que realizan los progenitores a sus descendientes debería ser objeto de confirmación por parte de estos últimos, una vez llegados a la edad del discernimiento y/o a la edad de la primera juventud (Krasnow, s/f, 41).

La asignación del nombre no puede estar librada al capricho de los padres en la relación paterno-filial. Por ejemplo, si el padre o la madre bautiza al hijo como Mercedes, o a la hija como José, tal asignación será motivo de no pocas burlas por parte de los compañeros de los mismos en su época escolar y de desarrollo personal. En un niño que se asume como niño no quedaría muy bien que digamos que se le llame Mercedes, y en una niña que se asume como niña no quedaría tampoco bien que se le llame José.

A nivel constitucional, lo que existe respecto a los padres es el derecho de escoger el centro de formación de sus hijos, en lo que se refiere al derecho a la educación. Pero respecto al derecho al nombre no habría reconocimiento expreso en ese sentido (Facio, 2002, p. 94).

En esa medida, rescatamos que “la ausencia de una debida y oportuna regulación del derecho de los padres a determinar el prenombre de los hijos podría conducir en el futuro a incrementar situaciones intolerables para la persona, las que han de generar frecuentes acciones destinadas a obtener el cambio de aquellos nombres de pila que no contribuyen, precisamente, al equilibrado y sereno desarrollo de la personalidad, a la dignidad de la persona o a la función individualizadora propia de la institución”.

Una confirmación del nombre (prenombre, para ser más específicos) por parte de los que recibieron el nombre en la relación paterno-filial haría completamente innecesario acudir a las instancias judiciales para que resuelvan el pedido, ya que resolvería a nivel administrativo, superando la mentalidad litigiosa todavía imperante en el país, y que ocasiona pérdida de productividad en horas-hombre (Graziosi, 1997 p. 41).

Tal confirmación no solamente haría posible que los heterosexuales elijan los nombres con los cuales se identifican o se sienten más a gusto, pues también los homosexuales regularían, a manera de una relación directa o en correspondencia, su identidad sexual con su identidad de nombre.

2.2.12.El sustento constitucional para materializar el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes

El derecho fundamental a la identidad se encuentra previsto en el artículo 2.1 de la Constitución Política del Estado, y alcanza a los niños, niñas y adolescentes no solo por su pleno reconocimiento como seres humanos, sino por así disponerlo taxativamente el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento normativo garantizado por nuestra norma fundamental al haber sido aprobado y ratificado por el Perú, formando parte de nuestro ordenamiento jurídico. Por este derecho, se confiere a cualquier persona la posibilidad de poder develar siempre el misterio de su origen y sin cortapisa alguna, salvo las derivadas, lógicamente, del propio funcionamiento o de la propia dinámica procedimental del medio jurídico empleado. Se trata,

por lo tanto, de un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible (Mosquera, 2012, p. 74).

Siguiendo dicho razonamiento, como faceta de la identidad estática se destaca el derecho de todo ser humano a conocer su propio origen biológico, el que a su vez contiene dos aspectos: *uno relativo a la determinación de la filiación o el derecho a conocer a los padres*, y otro vinculado con el mero conocimiento del origen biológico sin determinar el vínculo paterno-filial, como ocurre en los casos del adoptado y del nacido mediante técnicas de fertilización humana asistida.

El primer aspecto se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad; y a partir del mismo, cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial. Cada sujeto podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien genética y biológicamente lo sea, puesto que dispondrá de unos medios que el ordenamiento jurídico pondrá a su alcance y que son fundamentalmente las acciones de filiación para rectificar la situación que vive si no está conforme con ella, es decir, para dejar de estar unido con quien no tiene lazo carnal alguno, o para comenzar a estarlo si legalmente tal unión no consta (Silva, 2004, p. 74).

Con lo expuesto, tenemos que el derecho a la verdadera filiación coincide con el derecho a la identidad, *demandando que existan normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es padre*, tal dato biológico del individuo se integra con connotaciones adquiridas por este como un ser social, es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho.

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 7 y 8, reseña lo siguiente:

El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, *en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos* [siendo que además] los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley *sin injerencias ilícitas* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003).

Es notorio entonces que el derecho internacional de los derechos humanos prefiere la materialización de un derecho fundamental frente a decisiones de carácter formal, que lo único que ocasionan es retardar aún más una decisión jurisdiccional que debiera resultar oportuna, prefiriendo la optimización de los derechos de la niñez. A nivel de doctrina comparada, se somete a debate la conducta del “padre legal”, que *a priori* reconoce o fija mediante presunciones una paternidad de la que no está seguro, aceptando ligeramente tal paternidad, para luego buscar la verdad a través del análisis genético. No escapa a nuestro análisis la motivación de la madre para inducir al “padre legal” a establecer y no impugnar un hijo sobre el cual ella, más que nadie, conoce al verdadero padre (Facio, 20002, p. 74).

Debe compulsarse también el precepto romano *nadie puede alegar su propia torpeza*, con respecto al impugnante de la paternidad, *pero sopesando que lo que está por resolver es la verdadera identidad de un niño o adolescente*. Así, las normas constitucionales de fuente internacional consagran la unidad de la filiación desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y se ha reiterado en convenciones y tratados internacionales desde entonces (Chanamé, 2015, p. 99).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al explayarse sobre los alcances de la protección debida a los derechos que consagra, rehúsa cualquier distinción por razón del nacimiento (art. 2.1), e insiste en ello al considerar en particular el derecho del niño a la protección que requiere dada su especial condición (art. 24), consagrando la igualdad (art. 26). En cierto

modo, resultó un avance sobre el conocimiento del derecho a la identidad tras disponerse que todo niño debe ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre (art. 24.2).

A decir de la jurisprudencia argentina:

La transformación que a través de los años va experimentando nuestra sociedad, puesta de manifiesto a cada momento, alcanza también a las relaciones familiares, no siendo vista de igual forma las parejas extramatrimoniales, ni los nacimientos ocurridos en tales condiciones, por lo tanto en un plano estrictamente jurídico, aquella “nueva libertad” casi aceptada hoy, trae un correlato de responsabilidad para ejercer la misma en el mundo del derecho y *es deber del juzgador pronunciarse en cada caso ajustando el resultado de su sentencia en la protección de los derechos del niño que ha sido privado de su identidad biológica.*

2.2.13.El interés superior del niño en tratados internacionales ratificados por el Perú

En el derecho internacional, cobra relevancia lo dispuesto en el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 1386 (XIV), del 20 de noviembre de 1959. Allí se establece:

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.

Se precisa que la necesidad de ir más allá de solo una declaración impulsará a que se saque adelante la Convención de los Derechos del Niño (CDN), ratificada por el Perú por Resolución Legislativa N.º 25287,

publicada el 22 de noviembre de 1990, por tanto, es un tratado sobre derechos humanos vinculante para nuestro país. La CDN establece en el numeral 1 del artículo 3 lo siguiente (Aguilar, 2008, 52):

Artículo 3

1. 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.

La disposición glosada no es una mera declaración; por el contrario, es, como hemos dicho, un tratado de derechos humanos vinculante para el Perú, como país suscriptor del mismo. Por otro lado, es menester indicar que si bien en la CDN hay mención expresa del interés superior del niño (en adelante, ISN) en varias ocasiones, no se define ni su contenido, ni sus alcances. Precisamente sobre su naturaleza, tenemos definiciones como la de Gloria Baeza:

[...] el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar (Baeza, 2001, p. 356).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el ISN, nos dice:

134. Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. (caso Bulacio vs. Argentina, San José: 18 de septiembre del 2003, considerando 134).

Veremos que el ISN se enfoca en el bienestar de este, pero lo más importante es que lo hace con un efecto vinculante sobre toda institución estatal y, desde luego, sobre toda la sociedad en general y sin excepciones.

Así lo establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto del 2002 (Serie A N.º 17, párr. 59, p. 62), sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño: “a este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”.

Sobre este efecto vinculante tenemos, además, que el interés superior del niño debe primar por sobre cualquier otra consideración normativa y guiar definitivamente el análisis fáctico de cada caso concreto (Cavallo, 2008, p. 242):

En definitiva, lo que se propone con la idea rectora o con el principio del interés superior del niño es, justamente, que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. En realidad, este principio sólo exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado. En efecto, el interés superior implica abandonar viejas presunciones y reconocer que los niños y niñas sí son capaces (...).

Conforme a ello, la CIDH ha dicho:

Que la expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño, esto según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión

Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto del 2002 (Serie A N.º 17, conclusiones), sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002).

En consecuencia, cuando hablamos de ISN, estamos ante un principio que, en caso haya un conflicto de derechos o de cualquier otra índole donde se vean afectados derechos del niño o los niños mismos, estos deben primar. Por ello mismo, siempre se debe tomar en cuenta su opinión en todos los casos en que se vean sus derechos. Como sostiene el artículo 12 de la CDN:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

En suma, la CIDH ha establecido que el niño merece protección especial. Esta protección especial, de la que hablamos, o la adopción de reglas diferenciadas para los niños no es una afectación del principio de igualdad reconocido, por ejemplo, en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

Sobre ello, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por el Perú mediante Decreto Ley N.º 22128), en su artículo 24.1, establece:

“Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

Además, la ya mencionada Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto del 2002 (Serie A N.º 17, párrafo 51, establece:

“51. En su Observación General 17 sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos señaló que el artículo 24.1 de dicho instrumento reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de niño requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. La aplicación de esta disposición entraña la adopción de medidas especiales para la protección de los niños (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003)”.

“Artículo 24. Igualdad ante la Ley.

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto del 2002)

Estas medidas especiales de protección constituyen la consecuencia misma del reconocimiento del ISN:

En el mismo sentido, conviene observar que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003).

Ello, por supuesto, se hace extensible no solo al actuar del Poder Ejecutivo, sino a todo el actuar del Estado, incluyendo a sus tribunales:

Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural [...], doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto del 2002)

En definitiva, y para efectos de nuestro trabajo, la aplicación práctica del ISN supone un cambio en la forma tradicional en la que uno se aproxima al proceso, específicamente, a aquellos donde intervienen derechos de los niños, pues generalmente quienes intervienen en dichos procesos son los padres o el Estado, pero no es en función de ellos que se debe juzgar sino en función del niño:

Hoy día se traduce el interés superior de los niños y niñas en una visión infantocéntrica (...), la cual lleva consigo que todas las normas e interpretación de las mismas se construyan y fundamenten a través del principio de “interés superior de los niños y niñas” [...]. Lo cual implica que a todo niño, niña o adolescente debe protegerse con preferencia sobre cualquier otro sujeto implicado, como pueden ser su propio padre o madre, terceras personas o la administración pública; por ello, se dice que el interés del sujeto menor prevalece sobre los intereses de otros sujetos, los cuales pasan a segundo plano (...). Por lo anterior, puedo decir que el contenido esencial del interés superior de los niños y niñas se refiere a la protección y garantía de sus derechos fundamentales para fomentar el libre desarrollo de su personalidad (López, 2015, p. 56).

Como se puede apreciar, se desprende de los tratados internacionales (especialmente la CDN) las obligaciones que tiene todo Estado (suscriptor de los mismos) de privilegiar el ISN en todo aspecto (promulgación de leyes, políticas públicas, desarrollo y resolución de procesos administrativos o judiciales), promoviendo o adoptando medidas de protección que privilegian el pleno desarrollo de los niños y de sus derechos. Ello no es concebible como un privilegio, sino como medidas que se encuadran dentro del derecho de igualdad de todo ser humano. Es más, como vimos, en caso de conflictos siempre se privilegiará el ISN:

Este Tribunal ha señalado que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad (Chanamé, 2015, p. 97).

Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, San José: 8 de setiembre del 2005, considerando 134.)

2.2.14. El interés superior del niño en el Perú

El artículo 4 de la Constitución establece que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente [...]”, lo que se traduce (como ha sostenido el Tribunal Constitucional) en un reconocimiento implícito al ISN. Así, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 03744-2007-PHC: “En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4 de la Constitución [...], se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado” (López, 2015, p. 74).

En todo caso, el ISN está reconocido expresamente en el Código de los Niños y Adolescentes:

Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003).

Estas disposiciones y los tratados internacionales antes citados han motivado que el Tribunal Constitucional se pronuncie en sendas sentencias sobre el contenido e implicancias normativas del ISN. Así, por ejemplo, la

sentencia recaída en el Exp. N.º 3744-2007-PHC se refiere al carácter infantocéntrico del ISN:

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.

El principio del ISD, conforme a la posición adoptada por el Tribunal Constitucional, prevalece sobre cualquier otro interés:

En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003).

Sobre los efectos normativos del ISN, el Tribunal Constitucional, con carácter de precedente vinculante, ha establecido en la Exp. N.º 04058 2012-PA:

De lo antes descrito se tiene que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia (...).

En un caso concreto, el propio Tribunal Constitucional interpretó normas procesales favoreciendo la realización del ISN. Se trataba de un caso en que la madre demandante por alimentos no se apersonó a tiempo a la audiencia única, y ante la inasistencia de ambas partes el Juzgado en aplicación de las normas del CPC sobre inasistencia de ambas partes a la audiencia, dio por finalizado el proceso y ordenó su archivamiento. En este caso, se acreditó que la demandante, ante su inasistencia que se comprobó, en realidad, se trataba de una tardanza, solicitó una reprogramación de la audiencia adjuntando medios de prueba que acreditaban que su demora se debió a un tema de salud de su menor hija. En este caso, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 4058-2012 PA/TC, estableció lo siguiente:

De todo ello se desprende que la jueza a cargo de la causa para la resolución que ponía fin al proceso no tuvo en consideración el escrito presentado oportunamente, aplicando de forma tangencial las normas procesales, sin avizorar las implicancias en la menor alimentista, toda vez que se trataba de derechos alimentarios en donde está en juego la vida y la subsistencia de la persona, más aun

tratándose de un infante (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002).

En este caso, el Tribunal Constitucional advirtió la conducta inconstitucional del Juzgado y, en ese mismo proceso, con carácter de precedente vinculante, estableció en la sentencia recaída en el Exp. N.º 4058-2012-PA lo siguiente:

En dicho contexto, conviene subrayar que el principio del interés superior del niño, comprende, entre otras cosas, una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable con el fin de dar solución a la controversia reclamada, siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata niños, niñas y adolescentes, que tienen especial cuidado y prelación de sus intereses frente al Estado.

En otro caso, el Tribunal Constitucional consideró que, al no valorar los tribunales ordinarios las manifestaciones del niño, se estaba ante una seria omisión probatoria que vulneraba el ISN:

En este caso, el Tribunal observa que, en distintas oportunidades, se efectuaron opiniones que no fueron valoradas por parte de la emplazada. En efecto, en la declaración del menor A.H.M ante el Juzgado Mixto de Quispicanchis (...) se advierte que expresó su voluntad de “volver a casa”. Esta declaración concuerda con lo expresado en el Informe Social (...), en el que también expresa su deseo de retornar con sus padres (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002).

Todo lo anterior permite concluir que la resolución judicial que ha sido cuestionada en este caso no ha considerado distintos documentos en los

que se puede apreciar la voluntad de los niños involucrados en relación con una decisión que les afecta. El Tribunal estima que, en lo sucesivo, todos los órganos que sean competentes para conocer de procedimientos judiciales o administrativos en los que se decidan cuestiones vinculadas con menores de edad deben adoptar todas las medidas necesarias para que se puedan recabar sus opiniones, siempre, claro está, considerando su edad y madurez (López, 2015, p. 71).

En suma, este Tribunal declara que la demanda debe ser estimada, al haberse acreditado la afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Como podemos apreciar, a criterio del Tribunal Constitucional, el ISN no solo es un principio con efectos normativos, sino que los mismos son al más alto nivel, acorde con el valor que tienen los tratados de derechos humanos en nuestro sistema jurídico, es decir, rango constitucional, vinculante a todos los órdenes del Estado y la sociedad.

Además, constituye la justificación normativa para poder flexibilizar la aplicación y flexibilización de las normas procesales donde se ventilen derechos de los niños y niñas.

2.2.15. Flexibilización e interés superior del niño

Hay autores que manifiestan su preocupación por el carácter indeterminado y abierto del principio de ISN:

Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención lo recogiera, porque amparados en el ‘interés superior’ se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela

efectiva de los derechos que la propia Convención consagra (Alva, 2013, p. 83).

Sobre ello, debemos manifestar que consideramos que el carácter indeterminado del ISN es un carácter de todo el derecho, es decir, todo sistema jurídico está conformado por disposiciones indeterminadas, todas sujetas a interpretación, precisamente por ello se exige un esfuerzo interpretativo siempre y en todo caso y frente a cualquier disposición jurídica. Además, y precisamente por lo anterior, la naturaleza del Estado Constitucional de Derecho reconoce la existencia de normas abiertas (principios) donde es el juez el llamado a resolver mediante ponderación los conflictos entre principios, mediante una debida y suficiente motivación (Guilherme, 2013)

Además, sobre ello mismo, Marinoni nos dice:

“Ante el impacto del constitucionalismo, de la evolución de la teoría de la interpretación y del desarrollo de la argumentación jurídica, no hay cómo dejar de ver que las cortes supremas dejaron de tener la función de declarar el exacto sentido de la ley para garantiza una ilusoria uniformidad interpretativa y pasaron a tener la misión de atribuir sentido al derecho mediante la presentación de “razones racionalmente convincentes”. Subráyese que en esa dimensión el derecho es proclamado y no simplemente revelado por la corte suprema. De ello es por qué la igualdad, que un día fue relacionada exclusivamente a la ley, ahora se relaciona con el derecho instituido por la corte suprema y, en consecuencia, sus precedentes naturalmente incorporan la naturaleza obligatoria o vinculante” (Marinoni, 2015, p. 51).

Por tanto, no se debe ver al carácter indeterminado del ISN como un obstáculo, sino la posibilidad de que el órgano jurisdiccional analice, caso

por caso, la mejor forma de promover el desarrollo saludable del niño y la mejor manera de protegerlo, atendiendo a su especial condición.

En el Perú, la flexibilización de las normas procesales en materia de familia, no solo donde se atiendan casos de niños y niñas, ha sido reconocida en el III Pleno Casatorio Civil, el cual ha establecido como precedente judicial vinculante lo siguiente:

En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada (Silva, 2004, p. 66).

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

Constitución Política del Perú, “Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

2.2.16. La utilización de técnicas de reproducción asistida

En el derecho comparado, casi unánimemente se pronuncia sobre el tema al indicar que la maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo

fecundado de otra mujer, prohibiendo los contratos de maternidad subrogada.

Las legislaciones que desarrollan esta figura se agrupan en tres corrientes.

Primera, conformada por Australia, Alemania, Austria, Australia, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Dinamarca, Egipto, España, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Italia, Japón, Portugal, Quebec, Suecia, Suiza, Taiwan y Turquía regulan esta figura como nula, las prohíben y algunas establecen sanciones penales para estas prácticas, como es el caso de Alemania.

Segunda, conformada por algunos estados norteamericanos y Grecia, la admiten a través de acuerdo escrito entre las personas que desean procrear validado a través de un tribunal competente que es quien establece la filiación. Tercera, conformada por Brasil, Ecuador y El Salvador, en estos países no existe un marco regulatorio: la maternidad subrogada se practica sin restricciones. En Brasil la admite solo si se recurre a un miembro de la familia.

A criterio de Lobo “(...) en el caso de la inseminación artificial homóloga, en Brasil y en la mayoría de países, no se permite el uso instrumental del útero ajeno, sin vínculo de filiación (popularmente conocido como “vientre de alquiler”). Con la naturaleza de la norma ética dirigida a la conducta profesional de los médicos, la Resolución N.º 1.358 de 1992 del Consejo Federal de Medicina admite la cesación temporal de útero sin fines lucrativo, siempre que la cedente sea pariente colateral hasta el segundo grado con la madre genética” (Lobo, 2001, p. 85).

Una posición que cabe destacar a nivel de Latinoamérica es la surgida en el derecho latinoamericano, tal como lo señala Paulo Lobo cuando afirma: “(...) en el caso de la Inseminación artificial Homóloga, en Brasil y en la mayoría de países, no se permite el uso instrumental del útero ajeno, sin vínculo de filiación (popularmente conocido como “vientre de alquiler”). Con la

naturaleza de la norma ética dirigida a la conducta profesional de los médicos, la Resolución N.º 1.358 de 1992 del Consejo Federal de Medicina admite la cesación temporal de útero sin fines lucrativo, siempre que la cedente sea pariente colateral hasta el segundo grado con la madre genética” (Marañón, 2018, p. 43).

En relación con la celebración de los contratos de maternidad subrogada, existen países que los admiten previo cumplimiento de ciertos requisitos y procedimientos. Ante la eventualidad de surgimiento de conflictos derivados del incumplimiento de los contratos, por la negativa de la madre gestante a entregar al nacido, se ha resuelto por los tribunales mediante la aplicación del principio de interés del menor, propiciando en algunos casos la adopción de la madre comitente; en otros casos, han determinado la filiación de los padres comitentes, reconociendo el derecho de visitas de la madre subrogada (maternidad compartida)

En el Perú no existe una prohibición, como *ab initio* (expresión latina que significa <desde el principio>) se creía, a la fecundación extracorpórea con óvulo de cedente (ovo donación), a la transferencia de embrión ajeno (embriodonación) y, a los servicios de gestación subrogada (maternidad portadora) (Mosquera, 2012, p. 67).

2.2.17. Supuestamente la limitación se fundamentaba en dos principios:

- i) La maternidad se prueba por el hecho del parto (art. 409 del CC).
- ii) La calidad de madre genética debe coincidir con la de madre biológica (Ley General de Salud, art.7).

Sin embargo, mediante la Casación N.º 4323-2010-Lima13, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha dejado establecido que el artículo 7 de la Ley General de Salud no prohíbe la ovo donación, la misma

que no es un procedimiento ilícito, representando más bien un vacío normativo y jurisprudencial.

Solo se trata de restricciones éticas al contrariar instituciones jurídicas como el parentesco, la filiación, el ejercicio natural del derecho reproductivo, pero, como actos médicos, carecen de sanción penal. En buena cuenta son actos no arreglados a derecho, ni a la moral, pero al no estar tipificados en la ley penal no son delito, ni falta, nulla crimen, nulla poena sine praevia lege. Lo delictual se produce cuando hay fingimiento de preñez, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil, falsos reconocimientos (arts.143 a 145 del Código Penal), tendientes al tráfico de niños como es reconocido y así perseguido (West, 2000, p. 74).

Debe considerarse que la ley peruana, en especial la Ley General de Salud, no se ha pronunciado sobre la madre sustituta. Cuando una mujer acepta ser inseminada con material genético del marido de otra a fin de entregar a la criatura una vez nacida, la maternidad genética coincide con la biológica. La madre lo concibe y lo gesta, restando solo entrega. La prohibición indicada en la Ley General de Salud resultaría inaplicable, pues ambas maternidades guardan equidad. Lo ilícito se generaría con la vulneración del Código Civil en su norma citada (art. 409 del CC).

Muchas legislaciones, incluso modernas como la argentina, consideran que la maternidad corresponde a la mujer que gesta y que dio a luz, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra, tendencia reconocida en innumerables criterios judiciales a nivel mundial (López, 2015, p. 24).

En efecto el artículo 562 del Código Civil y Comercial argentino establece lo siguiente:

Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre (...).

Sobre el particular, es de mencionar lo siguiente:

Una jueza de Lomas de Zamora declaró la inconstitucionalidad [30/12/2015] del artículo del nuevo Código Civil [562] que dispone que los hijos gestados en un vientre sustituto son hijos de quien los dio a luz. Según el fallo, la norma no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad pro creacional mediante el consentimiento informado". (Werner, 2016)

Algunos países permiten la sustitución de maternidad y sus derivaciones cuando se realiza en mujeres emparentadas familiarmente (madre-hija, hermanas, tía-sobrina, primas y cuñadas) y no hay lucro de por medio. La tendencia viene re direccionándose hacia el aspecto afectivo, primando el sentir pro creacional (el deseo que tuvo la mujer de gestar para otra).

Frente al principio de la verdad biológica, que es el que debe imperar, surge el principio voluntad pro creacional que parte del reconocimiento y desarrollo del principio del interés superior del niño.

Para Seleme existen tres formas de maternidad subrogada:

- i) Donación de ovocito, entrega de óvulo a un(a) tercero(a).
- ii) Maternidad subrogada, con consentimiento de su cónyuge el marido fecunda el ovocito de una tercera mujer quien gesta, pare y entrega al menor a la pareja.
- iii) Locación de útero (affitto di ventre) e, embrión in vitro es colocado en el vientre de una mujer que no es genéticamente la madre a cambio de una contraprestación dineraria (Seleme, 2014, p. 48).

A nuestro criterio, la maternidad subrogada puede darse en dos niveles:

- **Madre portadora**

La mujer genera óvulos, pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica.

Es un préstamo de útero dándose una maternidad parcial. Este se produce un caso de trigeneración humana cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- 1) Aporte de espermatozoides del marido.
- 2) Aporte de óvulo de su mujer.
- 3) La madre gestante es una tercera.

Casos extremos son el de la doble maternidad portadora, tal y como aquel presentado en 1997 en Italia, cuando se anunció la gestación de dos fetos de parejas distintas en el útero de una misma mujer (Seleme, 2013, p. 57).

- **Embriocesión**

Vulgarmente llamada embriodonación, el problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita, ceder su óvulo o ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación produciéndose un caso de multigeneración humana cuando se dan las siguientes condiciones:

- 1) El marido y la mujer son infértiles.
- 2) El embrión es de una pareja cedente.

3) El embrión es gestado por una tercera mujer o por la cedente del óvulo. La madre procreante puede o no ser la misma que la gestante (Krasnow, s/f, p.84).

Actualmente, se viene tramitando un proceso de amparo en el que los padres genéticos de dos menores solicitan la protección de la identidad de los mismos y, por lo tanto, se les consigne en las partidas de nacimiento como padres de los menores y, con ello, el reconocimiento de los mismos. Si bien este supuesto no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, consideramos que debe otorgarse la maternidad en razón del principio de voluntad pro creacional, la cual puede reconocerse en base al consentimiento informado en el momento de la utilización de estas técnicas de reproducción asistida.

2.2.18. La identidad de la menor y la determinación de la paternidad se aplican conforme al interés superior del niño y adolescente.

CAS. Nº 4611-2006 PIURA

Lima, veintitrés de enero de dos mil siete.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, vista la causa número cuatro mil seiscientos once guion dos mil seis en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada doña Rosabel Terrones Fernández contra la sentencia de vista contenida en la Resolución número dieciocho de fojas ciento cuarenta y dos a ciento cuarenta y cuatro, su fecha veinticinco de agosto del dos mil seis, expedida por la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia

de Piura, que confirmando la sentencia apelada contenida en la Resolución número once, de fojas noventa a noventa y tres, su fecha tres de noviembre del dos mil cinco, declara improcedente la nulidad de actuados deducida por la demandada Rosabel Terrones Fernández, y fundada la demanda de impugnación de paternidad incoada por don Alberto Bayona Martínez; en consecuencia, que el demandante no es el padre biológico de la menor Nahomi Mercedes Bayona Terrones, cuya copia de partida de nacimiento obra a folios tres; e integrando la sentencia declara nula dicha partida; debiendo oficiarse con tal fin a quien corresponda para la respectiva anotación en el Registro Civil de la Municipalidad Provincial de Paita.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Corte de Casación, mediante resolución de catorce de diciembre de dos mil seis ha estimado procedente el recurso de casación por la causal prevista en los incisos 1° y 2° del artículo 386 del Código Procesal Civil, denunciando lo siguiente:

a) la interpretación errónea del artículo 399 del Código Civil; porque se considera al demandante como un tercero con legítimo interés para negar el reconocimiento dentro del plazo establecido en el artículo 400 de la norma sustantiva, y luego resuelve no aplicar el plazo de caducidad para el supuesto tercero. Siendo la interpretación correcta de la norma considerar al demandante como padre de la menor al haber efectuado un reconocimiento puro, simple e irrevocable, y no como un tercero con interés que no ha participado del reconocimiento; y,

b) la inaplicación del artículo 395 del Código Civil; porque el reconocimiento de la menor por parte del demandante fue voluntario y se convirtió en irrevocable, toda vez que fue un reconocimiento puro y simple tal como el propio demandante lo señala, pues no ha estado sometido a ningún plazo, condición o cargo.

3. CONSIDERANDOS:

Primero. - Que, la interpretación errónea de una norma de derecho material está referida al sentido o alcance impropio que se pudiera haber dado a la norma pertinente.

Segundo. - Que, a través de la demanda de fojas dieciocho a veintidós, el actor don Alberto Bayona Martínez pretende que se declare que no es el padre biológico de la menor Zahorí Mercedes Ramírez Terrones o Nahomi Mercedes Bayona Terrones, de cinco años de edad.

Tercero. - Que, las sentencias emitidas por las respectivas instancias de mérito obrantes de fojas noventa a noventa y tres, y ciento cuarenta y dos a ciento cuarenta y cuatro, respectivamente, han coincidido que con la Partida de Nacimiento de fojas tres se acredita que la menor ha sido registrada con el nombre de Nahomi Mercedes Bayona Terrones, figurando como padre el demandante Alberto Bayona Martínez.

Cuarto.- Que, cuando el artículo 399 del Código Civil señala que el reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395 del mismo Código; no prohíbe al reconociente la posibilidad de que pueda impugnar su propio reconocimiento, ya que si éste es válido asume el carácter de irrevocable; consecuentemente, la norma en comento no le impide para que pueda accionar por invalidez del reconocimiento; pues, en términos generales, el reconocimiento puede ser impugnado por dos vías: la acción de invalidez y la acción de impugnación propiamente dicha. La primera se hace efectiva mediante la aplicación de los principios generales relativos a la invalidez del acto jurídico, y la segunda, se basa en que el reconocimiento realizado puede no ser acorde con la realidad del vínculo biológico.

Quinto.- Que, en ese sentido, la Sala de mérito interpreta erróneamente el artículo 399 del Código Civil; por cuanto dicho Colegiado establece en su quinto considerando de la sentencia de vista recurrida, que la regulación establecida en los artículos 399 y 400 del Código Civil prevén la negación del reconocimiento del hijo extramatrimonial ya sea por el padre o la madre no interviniente, el propio hijo o por quien -como el demandante- tenga legítimo interés para hacerlo; y, por otro lado, las respectivas instancias de mérito se sustentan en la Partida de Nacimiento de fojas tres, considerando que la menor ha sido registrada con el nombre de Nahomi Mercedes Bayona Terrones, figurando como padre el demandante Alberto Bayona Martínez; y, por ende, no se puede pretender considerar al actor dentro de los sujetos que se encuentran habilitados para impugnar el reconocimiento, según el supuesto jurídico del artículo 399 del Código Civil; pues, tal como se expresó anteriormente, el reconociente no puede impugnar su propio reconocimiento, por ser de carácter irrevocable; según lo establecido en el artículo 395 del Código acotado.

Sexto.- Que, la causal de inaplicación de una norma de derecho material implica que el Juez deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que, de haberlo hecho, habría determinado que las decisiones adoptadas en la sentencia fuesen diferentes de las acogidas; que respecto al caso de autos, cabe precisar que si el artículo 395 del Código Civil, prevé que el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable, y tal como han constatado las instancias de mérito en sus respectivas sentencias; con el acta de nacimiento de fojas tres, que el reconocimiento de la menor Nahomi Mercedes Bayona Terrones lo ha practicado el propio demandante, como también lo expone en su escrito de demanda de fojas dieciocho a veintidós; por consiguiente, la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad e indemnización por enriquecimiento indebido devienen en improcedente.

Sétimo.- Que, bajo ese contexto, y habiéndose frustrado la actuación de la prueba del ADN que se había ordenado en autos, por ser la más idónea en estas circunstancias, con el fin de determinar la identidad de la menor y de su padre biológico, frente a la existencia de dos partidas de nacimiento de aquélla, en las que sendos declarantes se atribuyen la paternidad de la misma titular, a quien le asiste el derecho de conocer su propia identidad el que se constituye en el interés superior establecido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337). Cabe precisar, además que el referido artículo 395 del Código Civil contiene una prohibición taxativa y terminante; pues constituye una norma de carácter imperativo o jus cogens, que no admite pacto en contrario. Por las razones anotadas se ha configurado las dos causales denunciadas por error in iudicando.

Octavo. - Que, a lo expuesto en los considerandos precedentes, es necesario advertir que el actor se encuentra habilitado para plantear la acción de nulidad contra la partida de nacimiento respectiva de la menor cuya paternidad ha impugnado, sin perjuicio de la actuación de la prueba del ADN y de que se incorpore al proceso correspondiente a don William Ramírez Aguilar, por ser el otro presunto padre de la niña Zahorí Mercedes o Nahomi Mercedes.

4. DECISION:

Estando a las conclusiones precedentes y de conformidad con la facultad conferida por el artículo 396, inciso 1° del Código Procesal Civil: a) Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por doña Rosabel Terrones Fernández; en consecuencia: CASARON la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y dos a ciento cuarenta y cuatro, su fecha veinticinco de agosto de dos mil seis, expedida por la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura. b) Actuando en sede de instancia: REVOCARON la sentencia apelada contenida en la Resolución número once de fojas noventa a noventa y tres,

su fecha tres de noviembre de dos mil cinco, que declara improcedente la nulidad de actuados deducida por la demandada doña Rosabel Terrones Fernández y fundada la demanda de impugnación de paternidad incoada por don Alberto Bayona Martínez; y lo demás que contiene; REFORMÁNDOLA: declararon IMPROCEDENTE la demanda; dejando a salvo el derecho del actor para que lo haga valer en la forma correspondiente; en los seguidos por don Alberto Bayona Martínez, con doña Rosabel Terrones Fernández, sobre impugnación de paternidad y otro concepto. c) DISPUSIERON la publicación de esta resolución en el Diario Oficial El Peruano; bajo responsabilidad; actuando como Vocal Ponente el señor Caroajulca Bustamante; y los devolvieron. - SS. ROMAN SANTISTEBAN, CARRION LUGO, CAROAJULCA BUSTAMANTE, SANTOS PENA, MANSILLA NOVELLA C-43188-12.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación:

Tipo

La presente investigación es de tipo aplicada debido a que se basa en resolver el problema planteado así mismo como determinar las características pre establecidas y en donde no se hará ningún tipo de experimento con las variables, es decir fuentes normativas, criterios doctrinales y de la investigación (encuesta) (Hernández, 2018, p. 75)

Diseño

Estamos ante una investigación socio critica, es decir que no solo es puramente empírica sino también interpretativa buscando así los derechos de igualdad y el interés superior del menor y unión familiar, no se harán experimentos con las variables, sino que las mismas serán solo analizadas, para poder lograr el resultado querido (vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la discriminación en la inscripción del recién nacido solo con los apellidos del padre (Hernández, 2018, p. 91)

3.2. Categorías, subcategorías y matriz de categorización apriorística

Variable Independiente:

Vulneración del derecho a la igualdad y discriminación

Variable Dependiente:

Inscripción del recién nacido solo con los apellidos del padre

Variables	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Ítem / Instrumento
V. Independiente Vulneración del derecho a la igualdad y discriminación	Todas las personas en un estado constitucional de derecho, en donde se repitan de manera adecuada las garantías constitucionales, deben respetar y exigir que se le respeten sus derechos básicos, como el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la discriminación.	Derecho a igualdad Discriminación Apellidos paternos	carácter intrínseco rango constitucional Identidad	Encuesta
V. Dependiente Inscripción del recién nacido solo con los apellidos del padre	Como lo detalla que el derecho de identidad superior del menor debe ser entendido que cuando se deba elegir entre un derecho que beneficie a un menor y un derecho que beneficie a una comunidad de personas, se debe en todo sentido bajo una debida ponderación hacer primar los intereses del menor.	Interés superior del menor Protección constitucional Identidad biológica	Ponderación debida Rango fundamental Unión familiar	

3.3. Escenario de estudio

Distrito judicial de Lambayeque

3.4. Participantes

Está compuesta por 50 sujetos siendo todos especialistas en sus materias, en tal sentido para poder identificar debidamente el problema de la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la discriminación en la inscripción del recién nacido solo con los apellidos paternos, y buscar una solución normativa a través de una modificación de la norma, es preciso tener la información de las personas que componen la muestra, estando divididos ellos en: jueces de familia, abogados que son especialistas (ya sea por los grados obtenidos o por la experiencia) en materia civil y de familia, docentes universitarios especialmente de derecho de familia. (Hernández, 2018, p. 101).

Tabla N. 1.- Participantes

Descripción	Cantidad	%
Jueces de las juzgados y salas	8	16%
Abogados especialistas	12	24%
Docentes Universitarios	30	60%
Total, de informantes (N)	50	100

Fuente: Propia de la Investigación.

3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

La encuesta:

La encuesta como aquella técnica que va a utilizar un conjunto de mecanismos y procedimiento, que tienen a hacer estandarizados en una investigación, mediante los cuales se va a recopilar y analizar una serie de datos de la muestra que se haya señalado (en este caso 50 sujetos conocedores de las ciencias jurídicas en su mayoría), del cual se tiene que explicar u obtener una serie de características. (Hernández, 2018, p. 110).

Cuestionario:

El cuestionario está compuesto por un conjunto de preguntas diseñadas de manera específica por el investigador, para poder alcanzar los objetivos que se hayan planteado, haciendo uso del material humano para poder desarrollar las mismas; es así que el cuestionario permitirá estandarizar el proceso de recolección de los datos, por lo que el diseño, variables y objetivos de la investigación deben estar planteados de una manera adecuada en cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la discriminación en la inscripción del recién nacido solo con los apellidos del padre. (Hernández, 2018, p. 110).

3.6. Procedimientos

Los datos que se obtengan mediante la aplicación de técnicas e instrumentos de recolección de datos, aplicados a los informantes o fuentes ya precisadas; las cuales serán analizados e incorporados al trabajo de investigación como información relevante que permitirá probar la hipótesis contra la realidad. Los datos recopilados estarán sujetos a presiones porcentuales que se presentarán como consultas en forma de tablas, gráficos estadísticos, según correspondan. (Hernández, 2018, p. 107).

Con respecto a la información presentada como resúmenes, se realizarán tablas, gráficos, evaluaciones objetivas. Las evaluaciones correspondientes a la información de dominio de las variables que se cruzaron en una sub hipótesis se utilizarán como premisas para probar esta sub hipótesis. El resultado de verificar cada sub hipótesis (que puede ser prueba completa, prueba parcial y refutación o desaprobación total) proporcionará la base para formular una conclusión parcial (es decir, tendremos tantas conclusiones parciales como la hipótesis).

Las conclusiones parciales, a su vez, se utilizarán como premisas para contrastar la hipótesis general. El resultado de la verificación de la hipótesis global (que también puede ser una prueba completa, una prueba parcial y una desaprobación total) nos proporcionará la base para formular la conclusión general de la investigación. (Hernández, 2018, p. 107).

3.7. Rigor científico

Basada en actos de rigor científico en actos cuantitativos, tal como señala dichos actos de rigor presentan amenaza de validez, y posterior a ello se presentan recomendaciones para aumentar la búsqueda y tener conocimiento amplio conforme los errores Las características que presentan dicho acto de investigación están sujetas conforme a los criterios de validez y confiabilidad. (Hernández, 2018, p. 107).

Fiabilidad:

Las acciones de confiabilidad apuntan a adquirir conocimiento con la certeza de ser idénticas de la misma manera. Para referirse a este criterio, el acto debe basarse en actos de validez de criterios o predicciones. Dicho acto es aquel estudio singular, que sostiene que una relación entre el sujeto y el objeto, debido a dicho acto teórico aporta su origen, marco y fin; la fiabilidad resulta ser conforme actos de conducción, y conforme a medios de prueba que señala

como evidencia respecto la materia de investigación. (Hernández, 2018, p. 107).

Muestreo:

Estos rigores científicos considerados en este estudio son, por un lado, muestras que utilizan libros e informes que constituyen una muestra de la población para recopilar información. Bueno, lo que está tratando de hacer con este rigor de investigación es aplicar este problema a un cierto porcentaje de la sociedad y obtener resultados que le den credibilidad a la investigación.

Sobre muestreo teórico, como acciones acumulativas del investigador en general, por lo que examinaré los datos, categorías, dimensiones y relaciones establecidas y valiosas. (Hernández, 2018, p. 107).

Generalización:

Es un elemento fundamental de la lógica y el pensamiento humano. Esta es la base esencial de cualquier deducción deductiva válida. El concepto de generalización es ampliamente utilizado en muchas disciplinas y algunas veces tiene un significado especial en el que se discute la investigación.

3.8. Método de análisis de la información

Métodos Generales.

- a) **El Método Inductivo:** Parte de lo particular para llegar a lo general.
- b) **El Método Deductivo:** Parte de lo general para llegar a lo particular.

Métodos Específicos.

- a) **El Método Inductivo:** Parte de lo particular para llegar a lo general.
- b) **El Método Deductivo:** Parte de lo general para llegar a lo particular.

3.9. Aspectos éticos

a. Dignidad Humana:

Este criterio hace referencia a un derecho de las personas, tanto por parte del investigador, como los colaboradores, como son el asesor, los encuestados; siendo que mediante el mismo las personas actúan de una manera diligente en la investigación, con la finalidad de lograr un aporte que satisfaga las necesidades de la sociedad.

b. Consentimiento informado

Mediante este criterio los sujetos (que son especialistas en diversas materias) tienen un pleno conocimiento del presente proyecto, para lo cual el investigador proporcionará a los mismos la información necesaria o requerida, con la finalidad de que las respuestas sean claras y no haya errores

c. Información

La información con la que se ha trabajado en base a la vulneración del derecho a la discriminación, como a los derechos de igualdad, principio del interés superior del menor, unión familiar entre otros, son recopilaciones de fuentes confiables, que por lo tanto brindan una información necesaria, coherente y adecuada a nuestro sistema.

d. Voluntariedad

Este criterio es tal vez uno de los de mayor relevancia para la investigación, ya que el mismo hace referencia a que los sujetos que han participado para

la solución de las encuestas, son personas que por propia voluntad y con el solo animo de servir a la sociedad han dado su consentimiento para participar en la misma.

e. Beneficencia:

Si se logra determinar la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la discriminación en la inscripción del recién nacido solo con los apellidos del padre, se estará logrando un beneficio no solo para la unión familiar de los menores recién nacidos, sino para ellos mismos ya que crecerán en un ambiente donde ambos padres están presentes en su prima etapa de vida, siendo ello así los beneficiados con la presente investigación son todos los sujetos de una sociedad.

f. Justicia:

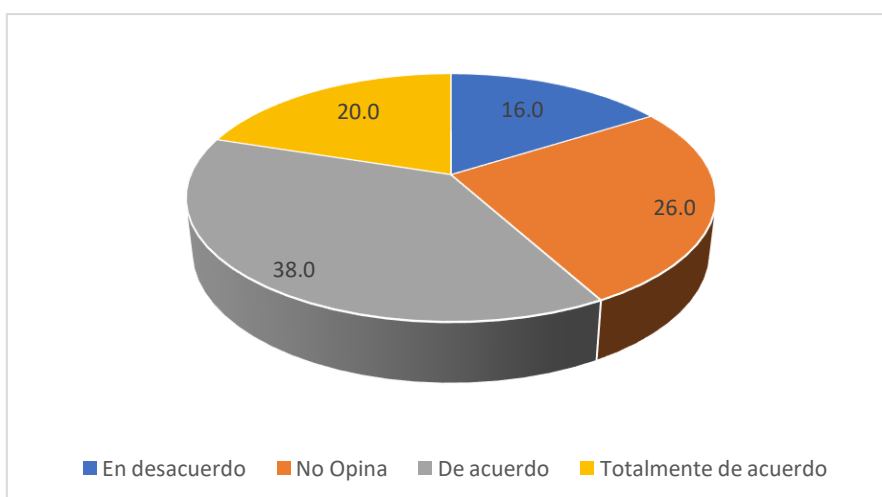
La presente investigación está orientada a poder lograr una adecuada regulación de una norma que a todas luces está transgrediendo muchos derechos y principios, en tal sentido si ello se consigue se lograr la correcta administración de justicia en un estado de derecho.

IV. RESULTADOS Y DISCUSION

Tabla 1.- Derecho de Igualdad

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
En desacuerdo	8	16.0
No Opina	13	26.0
De acuerdo	19	38.0
Totalmente de acuerdo	10	20.0
Total	50	100.0

Figura 1.- ¿Considera usted se vulnera el derecho de igualdad al no permitir una inscripción del recién nacido solo con los apellidos paterno?



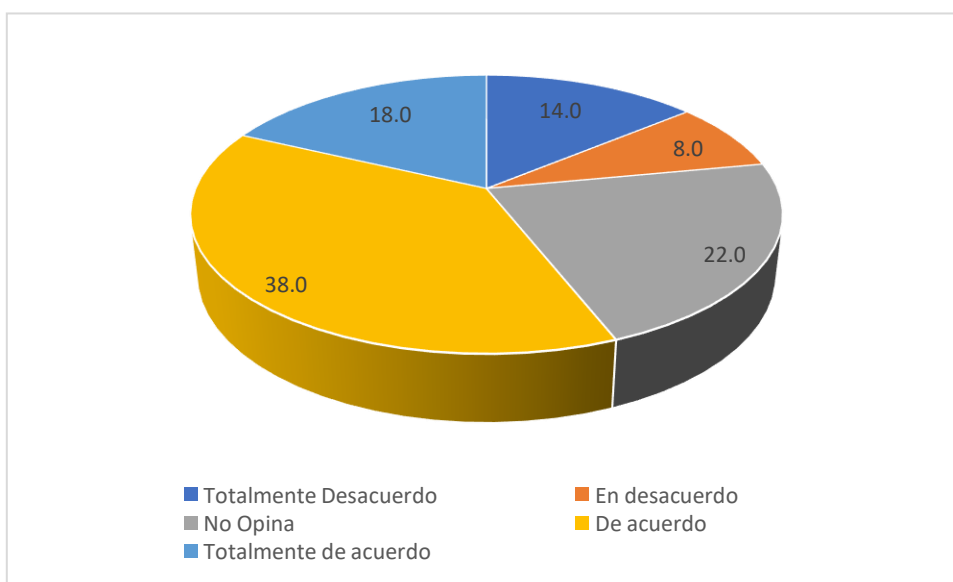
Fuente: Del Autor

Descripción 1: Los resultados en función a sí considera usted se vulnera el derecho de igualdad al no permitir una inscripción del recién nacido solo con los apellidos paterno se tiene que: en desacuerdo 16%, no opina 26%, de acuerdo 38%, totalmente de acuerdo 10%.

Tabla 2.- Grado de Vulneración del Derecho de igualdad

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente Desacuerdo	7	14.0
En desacuerdo	4	8.0
No Opina	11	22.0
De acuerdo	19	38.0
Totalmente de acuerdo	9	18.0
Total	50	100.0

Figura 2.- ¿Cree usted se deba determinar el grado de vulneración del derecho de igualdad ante la ley?



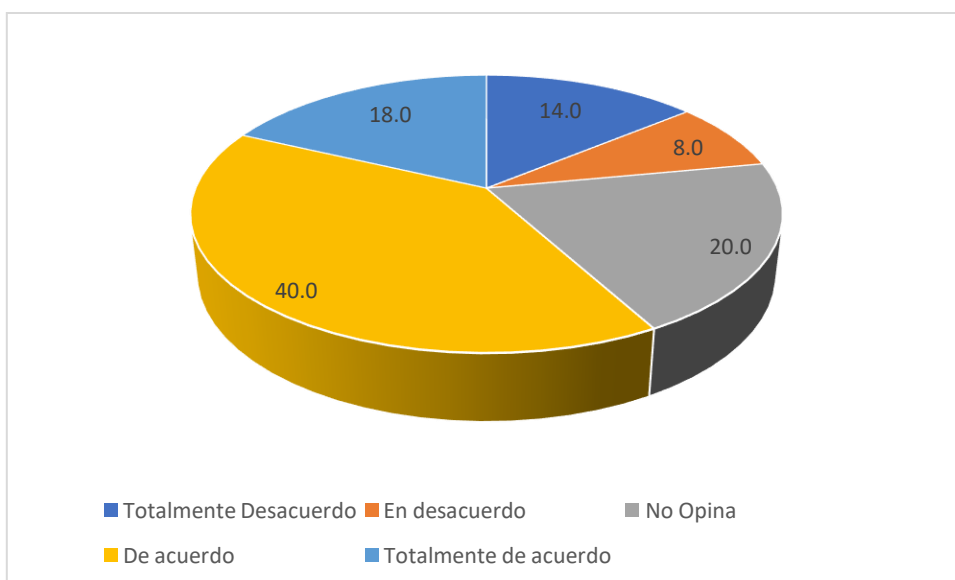
Fuente: Fuente: Del Autor

Descripción 2: Los resultados en función a si cree usted se deba determinar el grado de vulneración del derecho de igualdad ante la ley se tiene que: totalmente desacuerdo 14%, en desacuerdo 8%, no opina 22%, de acuerdo 38%, totalmente de acuerdo 18%.

Tabla 3.- Inscripción de un recién nacido

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente Desacuerdo	7	14.0
En desacuerdo	4	8.0
No Opina	10	20.0
De acuerdo	20	40.0
Totalmente de acuerdo	9	18.0
Total	50	100.0

Figura 3.- ¿Considera usted al no permitir la inscripción de un recién nacido con solo los apellidos del padre se estaría vulnerando el derecho a la identidad del menor?



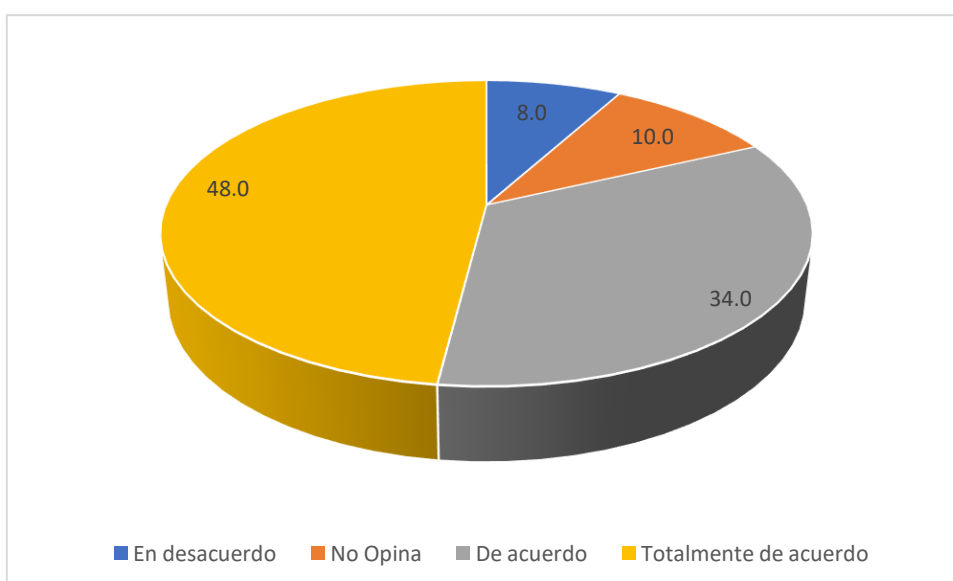
Fuente: Del autor

Descripción 3: Los resultados en función a si Considera usted al no permitir la inscripción de un recién nacido con solo los apellidos del padre se estaría vulnerando el derecho a la identidad del menor se tiene que: totalmente desacuerdo 14%, no opina 20%, de acuerdo 40%, totalmente de acuerdo 18%.

Tabla 4.- Inscripción del recién nacido

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
En desacuerdo	4	8.0
No Opina	5	10.0
De acuerdo	17	34.0
Totalmente de acuerdo	24	48.0
Total	50	100.0

Figura 4.- ¿Cree que el estado peruano no cuenta con una normatividad idónea inscripción del recién nacido solo con los apellidos del padre?



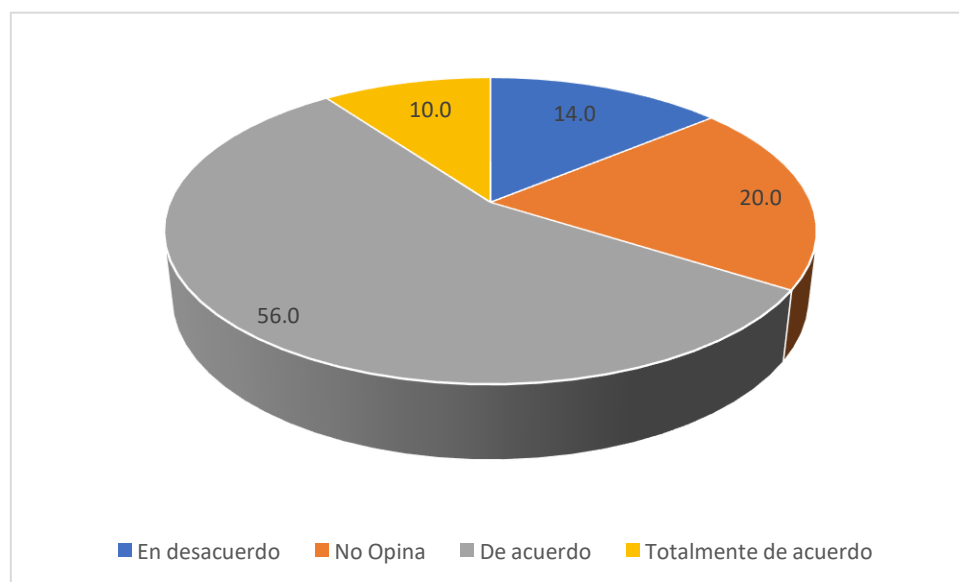
Fuente: Del Autor

Descripción 4: Los resultados en función a si Cree que el estado peruano no cuenta con una normatividad idónea inscripción del recién nacido solo con los apellidos del padre se tiene que: en desacuerdo 8%, no opina 10%, de acuerdo 34%, totalmente de acuerdo 48%.

Tabla 5.- Derecho a la identidad del menor

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
En desacuerdo	7	14.0
No Opina	10	20.0
De acuerdo	28	56.0
Totalmente de acuerdo	5	10.0
Total	50	100.0

Figura 5.- ¿Considera que el estado vulnera el derecho a la identidad del menor al no implementar una coherente normatividad?



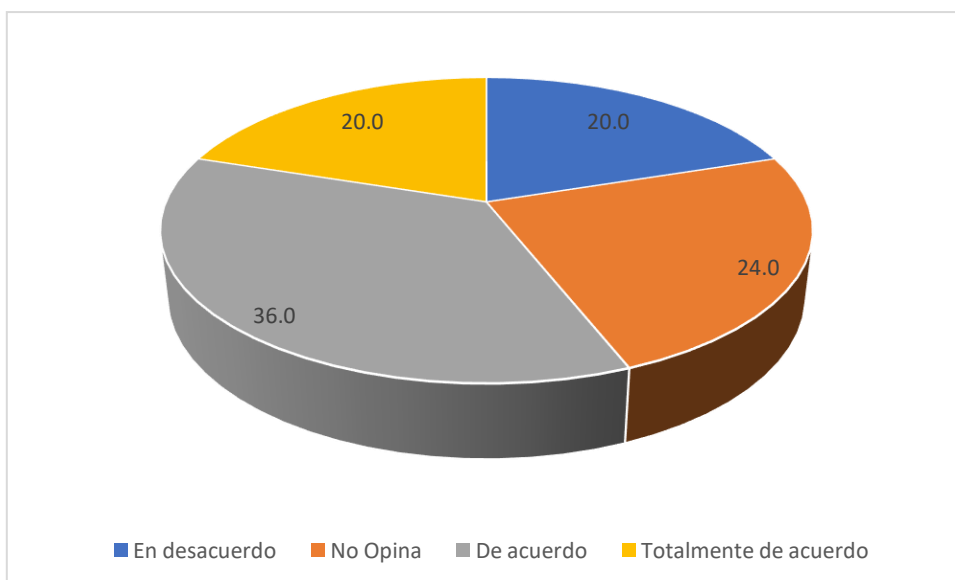
Fuente: Del Autor

Descripción 5: Los resultados en función a si Considera que el estado vulnera el derecho a la identidad del menor al no implementar una coherente normatividad, se tiene que: en desacuerdo 14%, no opina 20%, de acuerdo 56%, totalmente de acuerdo 10%.

Tabla 6.- Caso Ricardo Moran

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
En desacuerdo	10	20.0
No Opina	12	24.0
De acuerdo	18	36.0
Totalmente de acuerdo	10	20.0
Total	50	100.0

Figura 6.- ¿Cree usted que mediante el caso de Ricardo Moran se debería analizar los requisitos para una inscripción de un recién nacido?



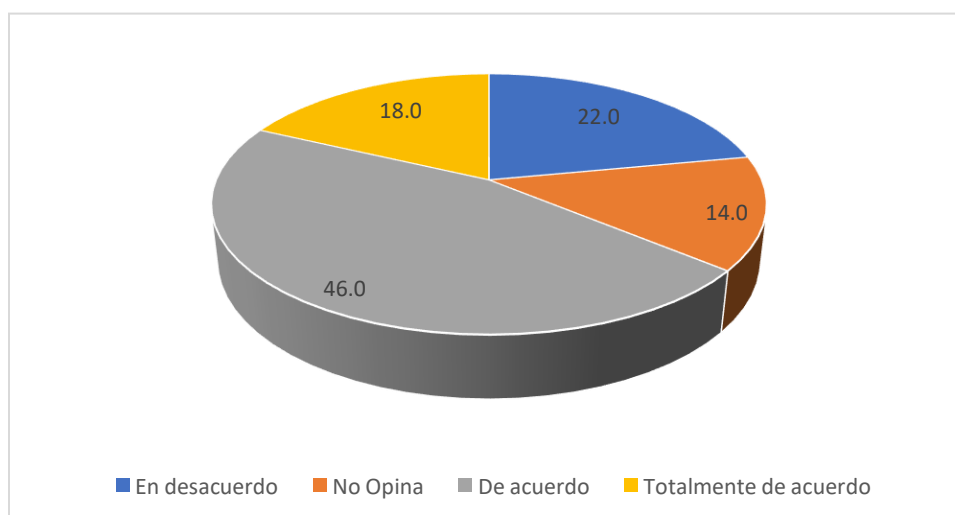
Fuente: Del Autor

Descripción 6: Los resultados en función a si Cree usted que mediante el caso de Ricardo Moran se debería analizar los requisitos para una inscripción de un recién nacido se tiene que: en desacuerdo 20%, no opina 24%, de acuerdo 36%, totalmente de acuerdo 20%.

Tabla 7.- Distinción de Derechos

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
En desacuerdo	11	22.0
No Opina	7	14.0
De acuerdo	23	46.0
Totalmente de acuerdo	9	18.0
Total	50	100.0

Figura 7.- ¿Considera usted existe una distinción de derecho entre el varón y la mujer al momento de realizar una inscripción del recién nacido?



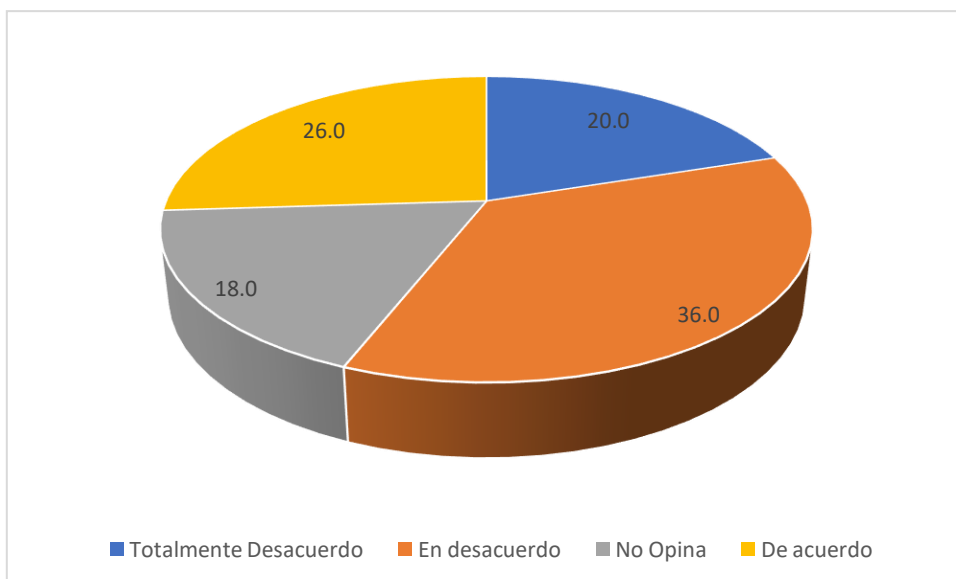
Fuente: Del autor

Descripción 7: Los resultados en función si Considera usted existe una distinción de derecho entre el varón y la mujer al momento de realizar una inscripción del recién nacido, se ha obtenido un resultado de: en desacuerdo 22%, no opina 14%, de acuerdo 46%, totalmente de acuerdo 18%.

Tabla 8.- Discriminación de los derechos del varón

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente Desacuerdo	10	20.0
En desacuerdo	18	36.0
No Opina	9	18.0
De acuerdo	13	26.0
Total	50	100.0

Figura 8.- ¿Cree usted no existe una discriminación de los derechos del varón al no permitir una inscripción del recién nacido solo con los apellidos del padre?



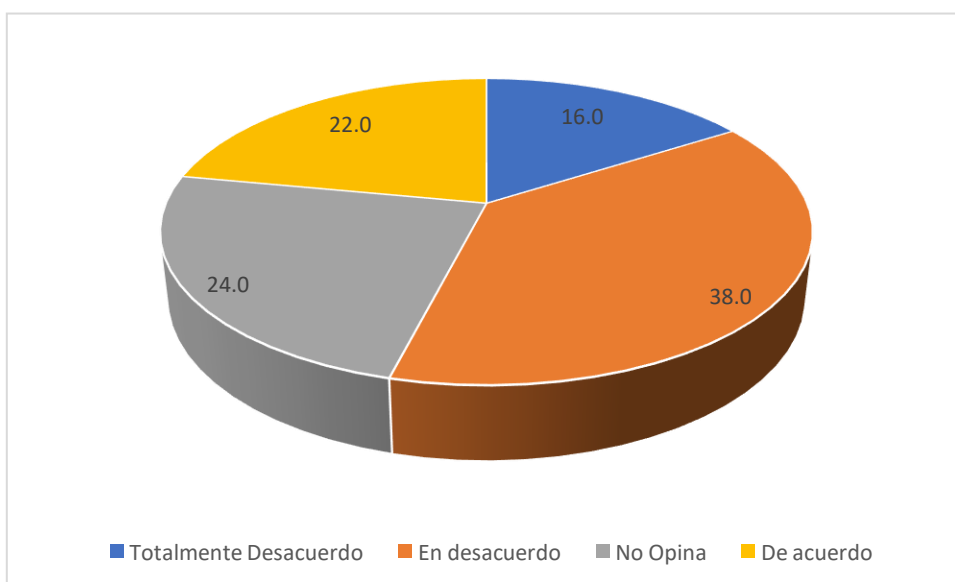
Fuente: Del Autor

Descripción 8: Los resultados en función a si considera usted que la aplicación del tipo penal del feminicidio es un acto discriminatorio contra el varón se tiene que: totalmente desacuerdo 20%, en desacuerdo 36%, no opina 18%, de acuerdo 26%, de acuerdo 26%.

Tabla 9.- Aplicabilidad de la Normatividad

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente Desacuerdo	8	16.0
En desacuerdo	19	38.0
No Opina	12	24.0
De acuerdo	11	22.0
Total	50	100.0

Figura 9.- ¿Considera usted es aplicable la normatividad que presenta el estado en los casos de inscripción de un recién nacido?



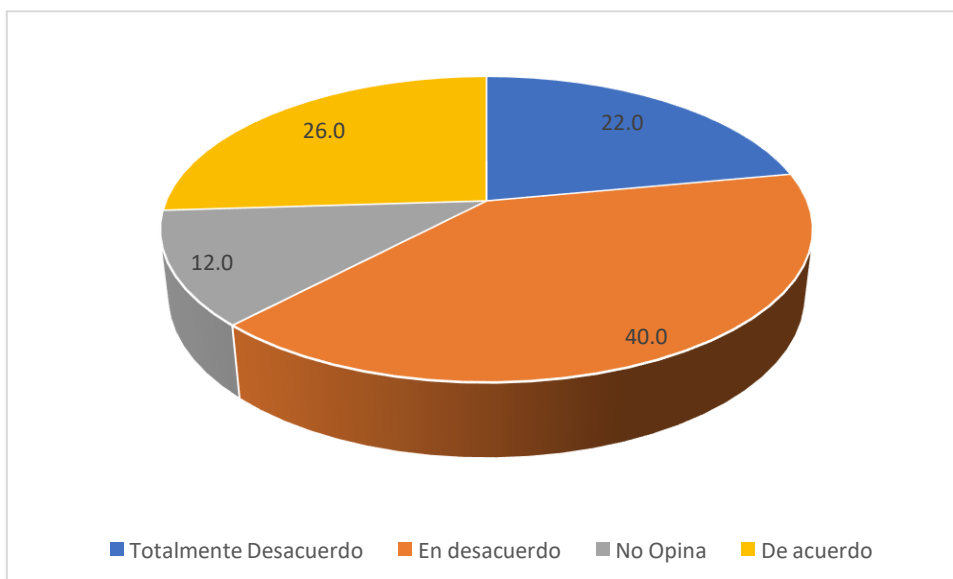
Fuente: Del Autor

Descripción 9: Los resultados en función si considera usted es aplicable la normatividad que presenta el estado en los casos de inscripción de un recién nacido, se tiene que: totalmente desacuerdo 16%, en desacuerdo 38%, no opina 24%, de acuerdo 22%

Tabla 10.- La normatividad presenta vacíos legales

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente Desacuerdo	11	22.0
En desacuerdo	20	40.0
No Opina	6	12.0
De acuerdo	13	26.0
Total	50	100.0

Figura 10.- ¿Cree usted que la normatividad ante los casos de inscripción de un recién nacido no presenta vacíos legales?



Fuente: Del Autor

Descripción 10: Los resultados en función a si cree usted que la normatividad ante los casos de inscripción de un recién nacido no presenta vacíos legales, se tiene que: totalmente desacuerdo 22%, en desacuerdo 40%, no opina 12%, de acuerdo 26%.

DISCUSIÓN

Los resultados en función a sí consideran usted se vulnera el derecho de igualdad al no permitir una inscripción del recién nacido solo con los apellidos paterno se tiene que: en desacuerdo 16%, no opina 26%, de acuerdo 38%, totalmente de acuerdo 10%. (Figura 1) Los resultados en función a si considera usted que la aplicación del tipo penal del feminicidio es un acto discriminatorio contra el varón se tiene que: totalmente desacuerdo 20%, en desacuerdo 36%, no opina 18%, de acuerdo 26%, de acuerdo 26%. (Figura 8)

Conforme a los datos obtenidos se puede interpretar que es fundamental identificar el derecho a la igualdad ante la ley ya que en la actualidad se puede visualizar que existe una discriminación frente a la inscripción del recién nacido como lo que sucede en el caso de Ricardo Moran que se viene mencionando en el transcurrir de la investigación.

Cantoral, artículo titulado “El derecho a la identidad del menor: el caso de México” publicado en la Revista boliviana de derecho, entre sus conclusiones señala que; El menor tiene derecho a conocer la verdad sobre su origen, lo que le permite tener un nombre y una filiación, lo que le permitirá acceder a otros derechos tales como la salud y la educación. En el caso de menores, la falta de registro de nacimiento los coloca en una situación de gran vulnerabilidad, porque les impide ejercer otras prerrogativas, tales como el acceso a la educación, servicios de salud, la expedición de un pasaporte, inclusive el derecho a que el menor pueda conocer exactamente la fecha de nacimiento y sus orígenes. Las garantías del derecho a la identidad del menor son el registro de nacimiento y la expedición de la cédula de identidad, en cuanto a la primera se está trabajando en la armonización del Registro Civil y en cuanto a la segunda

todavía hace falta mucho camino por recorrer en el sistema jurídico mexicano (Cantoral, 2015, p. 105).

Chávez en su tesis titulada “el interés superior del niño, niña y adolescente, un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia”, para obtener el grado de abogado en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, sobre el tema en cuestión detalla que; El Perú firmó la CDN el 26 de enero de 1990 y la ratificó el 3 de agosto de 1990, mediante la Resolución Legislativa 25278 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 4 de agosto de 1990, formando, desde ese momento, parte del ordenamiento jurídico peruano. La importancia de la ratificación de la CDN es tal que se ha visto reflejada en el PNAIA 2012-2018: La suscripción de la Convención por parte de la mayoría de países del mundo, significa que los Estados han asumido obligaciones y responsabilidades que son de cumplimiento obligatorio para todos los gobiernos y todas las personas. Este tratado de las Naciones Unidas es la primera ley internacional jurídicamente vinculante sobre los derechos de la niña, el niño y el adolescente; en sus 54 artículos están consignados los principales derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la infancia y adolescencia (Chávez, 2018, p. 301).

Esta igualdad para los “derechos civiles” como dice el Código Civil no significa que no sea igual para los derechos políticos, ya que también tienen al contar con sufragio y todas las prerrogativas para elegir y ser elegidas, y ni qué decir que también tienen igualdad en índoles económicos, sociales y culturales

Los resultados en función a si cree usted se deba determinar el grado de vulneración del derecho de igualdad ante la ley se tiene que: totalmente desacuerdo 14%, en desacuerdo 8%, no opina 22%, de acuerdo 38%, totalmente de acuerdo 18%. (Figura2) Los resultados en función a si

Considera que el estado vulnera el derecho a la identidad del menor al no implementar una coherente normatividad, se tiene que: en desacuerdo 14%, no opina 20%, de acuerdo 56%, totalmente de acuerdo 10%. (Figura 5)

Los resultados obtenidos mediante la encuesta aplicada reafirman que es necesario un análisis ante los casos donde se suscita la existencia de que el padre desea realizar la inscripción de sus menores recién nacidos solo con los apellidos paterno, por el tan solo hecho de no encontrar una figura materna.

Guevara, en su tesis titulada “análisis de la protección del derecho a la identidad del niño nacido en el Perú”, investigación de grado para obtener el grado de bachiller en derecho por la Universidad Señor de Sipan, sobre el tema en cuestión detalla que; Se entiende entonces como derecho a la identidad al derecho que protege a la persona en lo que integra su propio ser, es decir quién es y cómo es. Este derecho comprende diversas características del ser humano las cuales abarcan desde sus características corporales, su herencia genética, etc., es decir su aspecto físico y biológico hasta los de mayor desarrollo espiritual como su ideología, su identidad cultural, sus talentos, su honor, sus valores, su reputación, etc (Guevara, 2019, p. 108).

Cárdenas, en su investigación de grado denominada “El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica”, en la Universidad Privada Santo Toribio de Mogrovejo sobre el tema en cuestión detalla que; la relación biológica del nacido de fecundación asistida respecto del donante de gametos tiene una enorme importancia para toda persona, pues determina una herencia genética de la que derivan importantes caracteres hereditarios –ser moreno oscuro o albino, padecer hemofilia o tener una especial proclividad para el cáncer o la depresión-, con notable

trascendencia para la persona y en la conformación de su personalidad. Todo ello excede del ámbito de la relación jurídica familiar que es la de filiación, para afectar un derecho fundamental de la persona (emparentado con el derecho a conocer el propio origen y con su dignidad personal (Cárdenas, 2014, p. 97).

Con ello, se reafirma la noción que el derecho a la igualdad de la mujer con el hombre no solo es un derecho civil sino un derecho humano, que comprende la protección ante la ley (implica su aplicación igualitaria) y de la ley (normas que garanticen dicha igualdad)

Los resultados en función si Considera usted existe una distinción de derecho entre el varón y la mujer al momento de realizar una inscripción del recién nacido, se ha obtenido un resultado de: en desacuerdo 22%, no opina 14%, de acuerdo 46%, totalmente de acuerdo 18%. (Figura7) Los resultados en función a si cree usted que la normatividad ante los casos de inscripción de un recién nacido no presenta vacíos legales, se tiene que: totalmente desacuerdo 22%, no opina 12%, de acuerdo 26%, de acuerdo 26%. (Figura 10)

El caso de Ricardo Moran es una situación jurídica que en el estado peruano es un contexto que aún no se han encontrado una respuesta jurídicamente por el tan solo hecho de no realizar un estudio a la presente ley, ya que en los casos mencionado se presenta una situación de discriminación ante la ley.

Piña, en su tesis denominada “implicancias jurídicas de la maternidad subrogada: propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista”, para poder obtener el grado de abogado en derecho por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, sobre el tema en particular precisa que; El sustento teórico, permite realizar un repaso de la problemática jurídica de la Maternidad Subrogada, en aspectos como:

formas, naturaleza ética y jurídica y en relación al nasciturus; derechos involucrados, en referencia a procrear, a conocer el origen biológico como derecho fundamental; condiciones jurídicas del nasciturus; reproducción asistida en el Perú y la Maternidad Subrogada Altruista como perspectiva intermedia. Como conclusión cardinal, se precisa que la Gestación Subrogada Altruista: atiende la voluntad pro creacional de aquellas personas que quieren tener hijos y carecen de la capacidad para gestarlos; limita el riesgo de explotación de las mujeres gestantes y de cosificación de los niños; concilia derechos: de la persona a la paternidad/ maternidad y de la mujer al ejercicio de su autonomía corporal. Se precisa, así mismo, que no tiene por qué ser contraria a la dignidad de la gestante ni al interés superior del niño y que es necesario estudiarla en profundidad, para regularla (Piña, 2019, p. 110).

En efecto, la discriminación no es algo que se muestre abiertamente, nadie dirá “soy discriminador contra la mujer”, pero sí invisibilizarán las injusticias contra la mujer, con nociones generalizadas de que todos tenemos derechos, todos tenemos deberes, todos sufrimos injusticias, etc..

V. CONSIDERACIONES FINALES

- a) Se llego a determinar que en la normatividad peruana aun presente vacíos legales cuando un recién nacido lo inscriben tan solo con el apellido de la madre, entonces al no permitir al varón realizar la misma situación se está vulnerando los derechos de igualdad ante la ley.
- b) Al identificar el Derecho a la igualdad ante la ley se podrá subsanar los casos donde exista una discriminación por parte del estado ya que no permite la correcta inscripción por parte del padre hacia su menor recién nacido con solo los apellidos paternos
- c) El caso en análisis pone en manifiesto la falta de regulación no solo del tema de inscripción del recién nacido, sino también la falta de legislación en torno al tema genético, así mismo la no regulación de la maternidad subrogada en el Perú, es por ello que surgen diferentes vacíos legales que el Legislador y juzgador no prevén.
- d) La normatividad peruana en el caso de Ricardo mora se puede concluir que es necesario un correcto análisis de la norma por el solo hecho de que vulnera el derecho de igualdad del varón al querer inscribir a su menor recién nación con sus apellidos paternos, entonces mediante este procedimiento se podrá realizar una solución coherente sin que exista ninguna vulneración de los derechos.

VI. RECOMENDACIONES

- a. Se recomienda al estado peruano la consideración del padre en los casos de registro de identidad de un menor de edad, es decir considerar la posición de sus apellidos, así como la búsqueda de protección del interés superior del niño.
- b. Se recomienda tener en cuenta el principio de igualdad de derecho al aplicar respuestas jurídicas frente a casos de registro de identidad de menores, como en el caso de Ricardo Moran.
- c. Se tiene que tomar en cuenta la aplicación normativa extranjera para poder determinar la aplicabilidad de inscripción por parte del padre hacia su menor recién nacido con solo los apellidos paternos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Aguilar, G. (2008). *El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile
- Baeza, G. (2001). *El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia*, Santiago: Chilena de Derecho
- Chanamé R. (2015). *Lecciones De Derecho Constitucional*, Lima: Printed in Perú
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bulacio vs. Argentina, San José: 18 de septiembre del 2003, considerando 134.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto del 2002 (Serie A N.º 17, párrafo n.º 60).
- Facio, A. (2002). *Con los lentes del género se ve otra justicia*, Bogotá: en *El otro derecho*.
- García, A. (2014). *Filiación por naturaleza o biológica*, Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico
- Graziosi, M. (1997). *En los orígenes del machismo jurídico. La idea de inferioridad de la mujer en la obra de Farinaccio*, Madrid: Jueces para la democracia.
- Hernández, R. (2018). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill Interamericana.
- Krasnow, A. (s/f). *Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad*, Buenos Aires: La Ley.
- Lôbo, P. (2011). *Direito civil. Famílias*, Sao Paulo: Editorial Saravias

- López, R. (2015). *Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido*, Colombia: Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud.
- Mannarelli, María. (2004). *Pecados públicos, la ilegitimidad en Lima, siglo XVII*, Lima: Centro de la Mujer peruana Flora Tristán.
- Marañón, I. (2018). *Educación en el feminismo*, Barcelona: Plataforma.
- Marinoni, L. (2013). *Precedentes obligatorios*, Lima: Palestra.
- Mosquera, Clara (2012). *El primer caso de vientre de alquiler*, Lima: Diálogos con la Jurisprudencia
- Seleme, H. (2013). *La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía*, Buenos Aires: La Ley.
- Silva, P. (2004). *El género en la sociedad*, México: Plaza y Valdés.
- Sokolich, M. (2013). *La aplicación del principio del Interés Superior del Niño por el Sistema Judicial Peruano*, Lima: VOX JURIS.
- Varela, N. (2018). *Feminismo para principiantes*, Madrid: Ediciones.
- West, R. (2000). *Género y teoría del derecho*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

LINKOGRAFIA

- Cantoral (2015). *El derecho a la identidad del menor: el caso de México*, Revista Boliviana, recuperado de: http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n20/n20_a03.pdf
- Cárdenas (2014). *El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica*, Universidad Privada Santo Toribio de Mogrovejo, recuperado de:

http://tesis.usat.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/20.500.12423/553/TM_Cardenas_Krenz_ArturoRonald.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Chávez (2018). *El interés superior del niño, niña y adolescente, un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia*, Pontificia Universidad Católica del Perú, recuperado de:

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13773/Ch%c3%a1vez%20Granda_Chevarr%c3%ada%20Pineda_Inter%c3%a9s_superior_ni%c3%b1o1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Guevara (2019). *Análisis de la protección del derecho a la identidad del niño nacido en el Perú*, Universidad Señor de Sipan, recuperado de:

<http://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/uss/6096/Guevara%20Valle%20Mar%c3%ada%20Teresa%20de%20Fatima.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Piña (2019), *Implicancias jurídicas de la maternidad subrogada: propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista*, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, recuperado de:

<http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/3282/BC-TES-TMP-2091.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ANEXO

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA DISCRIMINACIÓN EN LA INSCRIPCIÓN DEL RECIÉN NACIDO SOLO CON LOS APELLIDOS DEL PADRE- CASO RICARDO MORAN

Estimado (a): Se le solicita su valiosa colaboración para que marque con un aspa el casillero que crea conveniente de acuerdo a su criterio y experiencia profesional, puesto que, mediante esta técnica de recolección de datos, se podrá obtener la información que posteriormente será analizada e incorporada a la investigación con el título descrito líneas arriba. NOTA: Para cada pregunta se considera la escala de 1 a 5 donde:

1	2	3	4	5
TOTALMENTE EN DESACUERDO	EN DESACUERDO	NO OPINA	DE ACUERDO	TOTALMENTE DE ACUERDO

ITEM	TD	D	NO	A	TA
1.- ¿Considera usted se vulnera el derecho de igualdad al no permitir una inscripción del recién nacido solo con los apellidos paterno?					
2.- ¿Cree usted se deba determinar el grado de vulneración del derecho de igualdad ante la ley?					
3.- ¿Considera usted al no permitir la inscripción de un recién nacido con solo los apellidos del padre se estaría vulnerando el derecho a la identidad del menor?					
4.- ¿Cree que el estado peruano no cuenta con una normatividad idónea inscripción del recién nacido solo con los apellidos del padre?					
5.- ¿Considera que el estado vulnera el derecho a la identidad del menor al no implementar una coherente normatividad?					
6.- ¿Cree usted que mediante el caso de Ricardo Moran se debería analizar los requisitos para una inscripción de un recién nacido?					
7.- ¿Considera usted existe una distinción de derecho entre el varón y la mujer al momento de realizar una inscripción del recién nacido?					
8.- ¿Cree usted no existe una discriminación de los derechos del varón al no permitir una inscripción del recién nacido solo con los apellidos del padre?					
9.- ¿Considera usted es aplicable la normatividad que presenta el estado en los casos de inscripción de un recién nacido?					
10.- ¿Cree usted que la normatividad ante los casos de inscripción de un recién nacido no presenta vacíos legales?					