



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**

**“LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA ASEGURAR LA ESTABILIDAD  
FAMILIAR Y EL PLENO GOCE DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL  
MENOR EN EL CAMBIO DE PATERNIDAD”**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO**

**AUTOR:**

**ROSA MARITZA DEZA VARAS**

**ASESOR:**

**CARMEN L. FLOREZ FUENTES**

**LINEA DE INVESTIGACIÓN:**

**DERECHO CIVIL**

**TRUJILLO – PERÚ**

**2015**

## DEDICATORIA

*A mis padres, hermanos y sobrinos por ser fuente de inspiración para el logro de las metas que me propongo alcanzar. A nuestro señor Jesucristo, Espíritu Santo, por hacer que nuestras vidas sean más completas y habernos acogido con su gran misericordia y amor infinito, porque su presencia acompaña y guía nuestra vida.*

## AGRADECIMIENTO

*A mis hermanos, por su apoyo moral, incondicional, así como la confianza depositada en mí. Gracias por su esfuerzo en brindarme los medios necesarios para lograr ser una mejor persona, capaz de lograr las metas trazadas.*

## PRESENTACIÓN

El presente trabajo está orientado a describir temas con relación al derecho de filiación en el menor, así como sus efectos y su protección jurídica, en el mismo sentido que se examinan los derechos que están en juego (identidad, derecho al nombre, a saber quiénes son sus progenitores y estabilidad en la relación familiar) y que motivan la naturaleza de dichos procesos, se analizan las decisiones judiciales si se orientan al resguardo total de los derechos que se estudian y su verificación en relación al interés superior del menor, para considerar si existe una protección efectiva y válida de dichos derechos o si cabe la posibilidad de establecer jurídicamente y mediante una decisión judicial algún mecanismo o medida alternativo que pueda asistir a las decisiones judiciales para una mayor protección de tales derechos. En ese sentido el presente trabajo de investigación expone desde su tema base que es el derecho de familia para llegar al derecho de filiación, interés superior del niño, derecho de identidad, regulación jurídica y derecho comparado, entre otros, para concluir interpretando conceptos y sentar ideas sobre si es factible tales mecanismos de protección en los procesos de filiación como medidas alternativas de protección.

## ÍNDICE

Dedicatoria .....	2
Agradecimiento.....	3
Presentación.....	4
Generalidades .....	11
Introducción .....	12
Problema De Investigación .....	14
2.1.- Realidad Problemática .....	14
2.2.- Formulación Del Problema .....	17
2.3.- Justificación .....	17
2.4.- Objetivos .....	20
2.5.- Hipótesis .....	22
2.6.- Tipo De Investigación.....	22
3.1.- Categorización.....	22
3.2.- Escenario De Estudio. ....	25
3.3.- Caracterización De Los Sujetos.....	25
3.4.- Técnica E Instrumentos De Recolección De Datos.....	26
3.5.- Mapeamiento.....	27

### CAPITULO I

La Familia En El Derecho Peruano .....	28
1.1 Antecedentes.....	29
1.1.1.- La Familia En La Antigüedad .....	29
1.1.2.- En La Edad Media.....	34
1.1.3.- En La Edad Contemporánea.....	36
1.1.4.- Evolución De La Familia En El Perú.....	39
1.1.5.- La Familia Desde Una Perspectiva Actual.....	42
1.1.- Naturaleza.....	45
1.2.- Rol De La Familia En La Sociedad.....	50
1.3.- Constitucionalización Del Derecho De Familia. ....	52
1.4.- Estabilidad De Las Relaciones Familiares.....	55
1.5.1.- Definición .....	55
1.5.2.- Protección Jurídica.....	56

## CAPITULO II

Derecho De Filiación.....	57
2.1.- Evolución Normativa .....	58
2.2.- Definición .....	59
2.3.- Filiación Y Paternidad .....	61
2.3.1.- Aspectos Generales.....	61
2.3.2.- Protección Jurídica Internacional De Las Obligaciones Y Derechos Paterno-Filiales.....	63
2.4.- Filiación Matrimonial.....	66
2.5.- Filiación Extramatrimonial .....	77
2.6.- Filiación Socio-Afectiva .....	90
2.7.- Análisis Jurisprudencial.....	93
2.7.1.- Nulidad Del Reconocimiento De Paternidad .....	93
2.7.2.- <i>El Exp. 860-2002 Lima, En La Que Se Emite El Criterio De La Primacía De La Verdad Biológica Sobre Los Plazos Formales De La Ley</i> .....	98
2.7.3.- <i>Impugnación De Paternidad</i> .....	100

## CAPITULO III

El Interés Superior Del Niño.....	102
3.1.- Evolución Histórica.....	103
3.2.- Concepto.....	108
3.3.- Doctrina De La Protección Integral.....	109
3.3.1.- Principios Básicos De La Protección Integral .....	111
3.4.- Interés Superior Del Niño Y La Convención Internacional De Los Derechos Del Niño (Cillero Bruñol, 1998).....	113
3.5.- Criterios Jurídicos Para Determinar El Interés Superior Del Niño .....	116
3.6.- El Principio Del Interés Superior Del Niño Como Pauta De Interpretación Y Aplicación De Derechos.....	120
3.6.1.- La Ponderación De Derechos .....	121
3.6.2.- Límites A Los Derechos:.....	123

## CAPITULO IV

Derecho De Identidad .....	125
4.1.- Naturaleza.....	126
4.2.- Conceptos Doctrinarios .....	127
4.3.- Identidad Familiar.....	130
4.4.- Identidad Filial .....	134

4.4.1.- Desde Un Punto De Vista Jurídico .....	135
4.4.2.- Desde Un Punto De Vista Biológico .....	140
4.4.3.- Desde Un Punto De Vista Psicológico .....	141
4.4.4.- Desde Un Punto De Vista Factico Y Socio-Afectivo .....	144

#### CAPITULO V

El Niño Como Sujeto De Protección Especial .....	147
5.1.- La Convención Sobre Los Derechos Del Niño.....	148
5.1.1.- Niño Como Sujeto De Protección Primordial En Términos De La Convención.....	148
5.1.2.- Carácter Vinculante Y Jerarquía Constitucional.....	150
5.2.- El Derecho Del Niño A Conocer A Sus Padres Y Mantener Relaciones Afectivas Con Ellos En El Sistema Internacional De Los Derechos Del Niño. ....	151
5.2.1.- El Contenido Y Los Alcances .....	151
5.2.2.- Protección Jurídica.....	155
5.3.- Mecanismos O Herramientas De Protección Al Menor En Procesos O Decisiones Judiciales Que Afecten Su Esfera Jurídica O Su Salud Psico-Emocional. ....	156
5.4.- Instituciones Involucradas En La Protección Al Menor .....	165
A) El Poder Judicial .....	165
B) El Ministerio Público .....	169
C) Minsa Y Mimdes.....	170
D) Defensoría Del Pueblo .....	171
E) Defensoría Municipal Del Niño Y El Adolescente- (Demuna).....	173

#### CAPITULO VI

Regulación Jurídica .....	177
6.1.- En La Constitución Política Del Perú .....	178
6.2.- En El Código Civil .....	178
6.3.- Codigo De Los Niños Y Adolescentes.....	185

#### CAPITULO VII

Legislación Comparada .....	191
7.1.- Análisis Jurisprudencial.....	192
7.1.1.- España .....	192
7.1.2.- Argentina.....	193
Resultados.....	206
Conclusiones .....	223

Recomendaciones .....	224
Referencias Bibliográficas.....	225
Anexos.....	227

## RESUMEN

El presente trabajo trata de varios aspectos jurídicos que han tomado importancia actualmente en el derecho de familia y en especial el de filiación, y cuyos enfoques o criterios establecidos a partir de ellos serán desarrollados para analizar temas como el rol del derecho de identidad del menor, la estabilidad de las relaciones familiares, el interés superior del niño así como la filiación socio - afectiva frente a la biológica en un proceso judicial de filiación en donde la doctrina predominante y la tendencia jurídica moderna en Perú ha llevado a resolver judicialmente por el cambio de paternidad de un menor de edad cuando existe discrepancia entre la paternidad legal y la paternidad biológica, dando validez a esta última muchas a veces a pesar de las circunstancias fácticas que rodean el caso. A su vez y a partir de ello indagaremos en la jurisprudencia tanto nacional como extranjera en busca de bases legales o doctrinarias que hayan abierto la posibilidad de imponer, implementar, sugerir o simplemente usar mecanismos o medidas que dependiendo del caso puedan proteger a un menor de edad de los efectos negativos que podría generarle una decisión judicial que declare el cambio de paternidad y cambie las relaciones paterno-filiales en su esfera familiar.

Palabras claves: Interés Superior del Niño (I.S.N), Filiación, Impugnación, Identidad Familiar, Paternidad.

## **ABSTRACT**

This work deals with various legal issues that have taken on importance in family law and especially filiation, and whose approaches or criteria established from them will be developed to analyze issues such as the role of the child's identity right, the stability of family relationships, the best interests of the child as well as the socio - affective relationship with the biological one in a judicial process of filiation where the predominant doctrine and the modern legal tendency in Peru has led to judicial resolution for the change of paternity of a minor when there is a discrepancy between legal paternity and biological paternity, giving validity to the latter many times in spite of the factual circumstances surrounding the case. At the same time and starting from it we will investigate both national and foreign jurisprudence in search of legal or doctrinal bases that have opened the possibility of imposing, implementing, suggesting or simply using mechanisms or measures that depending on the case may protect a minor of the negative effects that could be generated by a judicial decision declaring the change of paternity and changing the father-daughter relations in his family sphere.

**Keywords:** Superior Interest of the Child (I.S.N), Affiliation, Challenge, Family Identity, Paternity

TESIS  
**GENERALIDADES**

- 1.1.- TÍTULO: “LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA ASEGURAR LA ESTABILIDAD FAMILIAR Y EL PLENO GOCE DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR EN EL CAMBIO DE PATERNIDAD”**
- 1.2.- AUTOR: ROSA MARITZA DEZA VARAS.**
- 1.3.- ASESOR: CARMEN FLOREZ FUENTES**
- 1.4.- TIPO DE INVESTIGACIÓN: Descriptiva-narrativa.**
- 1.5.- LOCALIDAD: Trujillo, Perú.**
- 1.6.- DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:**
- **Fecha de inicio: Agosto 2014.**
  - **Fecha de término: Julio 2015.**

## INTRODUCCIÓN

Actualmente se han debatido muchos temas en cuanto al derecho de filiación y derechos del niño se refiere, tanto en el campo jurídico - doctrinario como en el de las Políticas Públicas, temas que como el plazo de la negación de paternidad y la impugnación del reconocimiento, la filiación biológica y la filiación legal, el interés superior del niño, implementación de mecanismos jurídicos y extrajurídicos de ayuda o protección e instituciones de asistencia legal, médica, psicológica, etc. al menor de edad, que han traído a colación una serie de modificaciones legales y actividades de gobierno que a partir de ello intentan una protección integral de los derechos del menor por ser sujeto de protección especial que muy a menudo se ven vulnerados. Muchas veces cuando nos referimos a la protección integral del niño entramos en un tema muy discutible y delicado y mucho más si involucramos su esfera familiar, invocando un tema que dicho sea de paso involucra su entorno familiar y que se ha venido de alguna manera zanjando jurídicamente es el de cambio de paternidad del menor cuando tiene una relación paterno filial ya establecida como mérito de un reconocimiento o por medio de la Presunción PATER IS , lo que podría haber sido impugnada a una determinada edad en la que el lazo parental y figura paterna podría haber entrado en una aparente inalterabilidad, pero que por disposición normativa puede alterarse y definirse dando supremacía a la verdad biológica instaurada en el Derecho a su Derecho a Identidad, a conocer sus padres y al nombre. Es interesante y discutible entrar de lleno a este tema pero nuestro ordenamiento a partir de la modificación del plazo legal para impugnar la paternidad o el reconocimiento y el establecimiento de la prueba biológica para dar certeza en un proceso de filiación ya sentó una posición bastante clara respecto al tema, y para darnos cuenta de ellos basta analizar la gama de jurisprudencia vinculante con respecto al tema que puede o no ser cuestionada, y que al margen de ser cuestionada intenta un equilibrio en la protección derechos del menor dado que en casos de cambios de paternidad los derechos en juegos son muchos pero eso no significa que los efectos de una

sentencia de declaración de paternidad, dependiendo de la circunstancias fácticas del caso en Litis, no puede ser perjudicial para la estabilidad de las relaciones familiares e incluso el derecho de identidad del menor dado que provoca una alteración en su entorno y afecta una relación ya establecida (paterno-filial ). Es allí donde podemos analizar si es necesario la implementación de medidas o mecanismos que coadyuven a la protección integral del niño en una decisión de cambio de paternidad.

## **PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

### **2.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA**

Cuando un menor entre la edad cronológica de 7 a 14 años, sufre inesperadamente un cambio de paternidad como consecuencia de una declaración judicial de filiación, este tiene que enfrenarse a los nuevos cambios en la relación familiar y así como en su identidad en razón del nuevo modelo de padre o figura paterna que será un factor de incidencia en su personalidad.

Haciendo referencia (Fernandez Sessarego, 1992), él señala que la identidad de la persona no solo se refiere a aquellos aspectos que determinan una faz estática en la persona ni que encuentra su límite en ellos, sino que también comprende un grupo de características, actitudes y valores que corresponden a formar el yo de cada individuo.

Partiendo de lo comentado por (Fernandez Sessarego, 1992), se puede decir que la familia como estado, como atribución de la persona, se encuentra integrado en su identidad conceptualizada dinámicamente. O es que se debe preguntar ¿si la persona como elemento no está contribuyendo al modelo de ser distinto, único e irrepetible?

En tal sentido, (MIZRAHI, 2006) indica que “los Vínculos Filiatorios conllevan una relación; esto quiere decir que no sólo involucran a un solo individuo, sino desde un contexto amplio, se encuentra abarcando a todos los descendientes en línea directa, vinculándolo con sus antepasados por medio de una serie de anillos en la cadena que los vinculan.

Desde el presupuesto biológico que por lo general es donde reposa la filiación, se podría deducir que el determinar la Identidad Genética no solo implica la afectación de la identidad del propio sujeto sino a su vez implicará que se englobe y afecte a todas aquellas personas que se han de encontrar enlazadas supuestamente por el vínculo parental.

¿En tal contexto, también se forja la identidad al convertirnos en padres, madres, hermanos o hijos o es acaso que no? O ¿acaso podríamos ser los mismos si no tuviéramos en vínculo filiatorio materno y paterno acreditado? O ¿si los miembros de nuestra familia como padres, hermanos e hijos no fueran nuestra familia? A razón de ello, todas estas interrogantes contribuyen al dinamismo que genera en el derecho a la Identidad encontrándose en juego.

Asimismo otro de los derechos que es necesario aguardar y que de cierta manera se invoca en razón de la protección familiar y relaciones de sus integrantes como núcleo básico de la sociedad debe encontrar estabilidad en las relaciones familiares, que se ve perturbada en un supuesto de cambio de paternidad cuando sus integrantes entre ellos y frente a los demás tienen arraigada su relación e identificación de padres con a hijos y viceversa, que tuvieron un rol específico en su desarrollo personal, familiar y social. Es por ello que nace la necesaria atención de que se prevean o implementes medidas de protección en los cuales se evidencia un acercamiento, conformación de lazos filiales e integración de la familia en razón de constituir la identidad del niño frente a la nueva figura paterna para que no solo su derecho se haya declarado mediante una sentencia sino sea efectivizado en razón de proteger integralmente sus derechos tomando como base el PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO en adelante P.I.S.N.

El principio del interés superior del niño actualmente extiende su aplicación fuera de los ámbitos normativos y judiciales, así muchos estados han orientado su normatividad en cuestiones de familia y lo han extendido hacia todas las instituciones públicas, organismos privadas e incluso al padre y la madre. El fundamento de su extensión radica en el art. 18 de la convención internacional de derechos del niño, la que establece... “los padres se desempeñaran en sus roles guiados por una directriz fundamental, siendo este, el principio rector del interés superior del menor”. Este dispositivo garantista debe interpretarse en vinculación con el siguiente aspecto: que el fin de labor de los padres es que los menores gocen de los derechos establecidos en la CDN, según la madurez de aptitudes. Por otra parte, señala que los derechos y

responsabilidades de los padres, en lo que respecta a sus hijos debe estar encaminado a la protección de la independencia del niño en el uso de sus derechos, así como debe estar orientado al desarrollo de los mismos, por tanto, limita las facultades de los padres en esas cuestiones y es por ese objetivo. Dicho de otro modo, se ratifica que existe paridad entre el interés superior del niño como principio fundamental y el ejercicio de sus derechos.

Actualmente es dable aseverar que el interés superior del niño constituye estrictamente a orientar la normatividad vigente en temas familiares o filiales a la satisfacción integral de sus derechos. Operando aquello como una garantía, toda vez que en toda cuestión que atañe al niño se debe tener en cuenta primero y fundamentalmente sus derechos. Tiendo esto un gran alcance ya que no solo obliga al hacedor de la norma sino también a todo funcionario del estado que revista una autoridad en sus funciones, así como a instituciones públicas como privadas, y a los padres. Por otra parte, nos encontramos frente a un dispositivo normativo de gran alcance interpretativo y de solución sobre conflictos; Por último podríamos decir que es una directriz para la creación o implementación de políticas públicas en cuanto tiene que ver con la niñez dirigiendo su labor hacia el desarrollo integral y estable de sus derechos.

El artículo 137. Literal c, CÓDIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE (JURISTA EDITORES, 2015), establece que entre las atribuciones del juez de familia está la de disponer las medidas socio-educativas (en el caso de niños o adolescentes infractores) y de protección (en el caso de que puedan verse afectados sus derechos en alguna circunstancia judicial o normativa) según sea el caso. En esa misma lógica se podría y en razón del interés superior del niño establecer ciertas medidas protectoras que dependiendo de las circunstancias que rodean el caso considerarlas para que el cambio de paternidad de los menores de entre 7 y 14 años de edad no afecte su derecho de identidad debido a que el niño trae consigo el vínculo filial y reflejo del rol paternal que tenía antes del cambio de paternidad como consecuencia de una declaración filial y ante la prevalencia de una inacción en este supuesto estaríamos

considerando que su derecho a una identidad y su derecho a la filial encuentra fundamento meramente declarativo concretizado en una sentencia judicial de filiación.

## **2.2.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

***¿En atención al principio del interés superior del niño debería establecerse medidas de protección a los menores de entre 7 a 14 años de edad, en un proceso de filiación, cuando se decide judicialmente su cambio de paternidad?***

## **2.3.- JUSTIFICACIÓN**

Los procesos de filiación en los que se discute la real paternidad del niño, protegen la realidad biológica en acorde con los derechos de orden constitucional que tiene el niño: a saber quién es su padre, tener identidad materna y paterna (familiar), asimismo el derecho del padre a la filiación que incluso la jurisprudencia se ha pronunciado sobre los plazos para la impugnación de paternidad, estableciendo que los normados en el código civil afecta los derechos antes dicho y que ahora la acción para impugnación de paternidad podría ser ejercida tanto así cuando el menor de edad tenga 1 año o 10 años e incluso más. Si vemos por este punto de vista notamos una aparente o adecuada protección al menor, pero teniendo en cuenta la diversidad de los casos y que las normas se aplican según el caso concreto. Los derechos del niño no deberían ser vistos desde solo una óptica o dimensión en razón de que hay una esfera de derechos o el llamado núcleo Duro que lo protege como consecuencia del I.S.N. (Interés Superior del Niño) y que de ello derivan varios derechos de rango constitucional. Un caso concreto es igual de trascendente con un cambio de paternidad a un menor cuando este tiene 1 año de edad a cuando este puede tener 7 o 10 años de edad?, que pasa con la identidad familiar del menor que tendrá que adaptarse a un nuevo vinculo filial, con la estabilidad de las relaciones familiares, con

la paternidad responsable (tanto padre como madre), con la salud integral del menor, entonces cabe preguntarnos si faltan o por lo contrario es irrelevante de protección al menor cuando del cambio de paternidad que pueda decidir el juez le produzca una afectación a su identidad familiar que traía arraigada consigo o pueda generarle daños psicológicos irreversibles, o que prevé la norma o cómo interpreta el operador del derecho en ese sentido? Y si hay omisión que medidas puede adoptar o si deberían adoptarse medidas.

Relevancia: determinación de impactos

### **Impacto familiar:**

La familia desde un punto de vista cultural cumple un rol fuertemente organizado, El niño desarrolla valores conductas y adopta posturas de acuerdo con lo que percibe y aprende de sus padres y adopta un rol de hijo para con ellos y se somete y encuadra su personalidad de acuerdo al rol que el padre asuma para con ellos el cambio de vinculación filial en una determinada etapa afecta sus lazos familiares y su rol frente a una figura, en este caso la paterna.

### **Impacto social:**

LA FAMILIA COMO CÉLULA BÁSICA DE LA SOCIEDAD no solo toma un papel formal sino sustancial y de formación para con el menor, ante la sociedad el niño es la identidad de lo que son sus padres y si el vínculo varía, la sociedad no se encuentra preparada para asumir una conducta frente ello; a veces concluye con rechazo o a veces con indiferencia.

## **Impacto jurídico:**

Los principios como el I.S.N. en las relaciones y/o conflictos familiares ha dado lugar a que en el campo de orden jurídico la interpretación de las normas se realice en concordancia con los derechos fundamentales que protegen al menor, en ese mismo sentido toda medida de protección que involucre un derecho fundamental debe entenderse que implica una interpretación de ese tipo y en base de ello para hacer eficaz el derecho a garantizar.

Utilidad: identificación de beneficiarios

- **Beneficiario directo:**

Niños que entre las edades de 7 y 14 años de edad se le cambio la paternidad mediante sentencia judicial

- **Beneficiario indirecto:**

Familia

Viabilidad: son materialmente posibles mostrando dos elementos.

## **Contraste con la realidad:**

- **Factor normativo:** los derechos constitucionales permiten una mayor amplitud interpretación de las normas jurídicas a favor del menor para favorecer sus intereses por tener protección especial, siendo necesario mecanismo o medidas garantizadores para asegurar la identidad del niño en una decisión de cambio de paternidad y que la constitución y los derechos del niño lo permiten

- **Factor familiar:** actualmente los padres que impugnan la paternidad legal de los que consideran sus hijos biológicos no están en su mayoría plenamente identificados con el hijo, no existe esa suerte de identificación filial de ningún de los dos lados: ni de hijo hacia padres ni de padres hacia hijos, entonces en esa circunstancia el niño en una edad en la cual distingue muy bien a la figura paterna y materna no solo debería ser protegido su derecho de saber quién es en verdad su padre biológico sino que aquella nueva figura paterna cumpla su rol de tal en la vida del niño.

#### **Restricciones:**

- Limitada interpretación de los derechos fundamentales del menor en razón del interés superior del niño
- Escasas aplicación de medidas de protección en un cambio de paternidad
- Escasa identificación del menor, en un cambio de paternidad, con la nueva relación filial.

## **2.4.- OBJETIVOS**

### **2.4.1.- OBJETIVO GENERAL**

- Determinar si es necesario el establecimiento de medidas de protección a los menores de 7 a 14 años de edad cuando que se decide judicialmente su cambio de paternidad.

#### **2.4.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Determinar la extensión y los límites de la protección del menor en razón del interés superior del niño.
  
- Determinar la extensión y los límites del derecho de identidad y estabilidad de las relaciones familiares.
  
- Análisis Jurisprudencial con respecto a la aplicación de derechos en las decisiones judiciales sobre cambio de paternidad y el impacto en el derecho de identidad del menor.
  
- Análisis y determinación de los posibles mecanismos que puedan servir de protección al menor en un cambio de paternidad.
  
- Analizar el derecho comparado con respecto a medidas o mecanismos que protegen al menor en los procesos en los que se ve inmerso, en específico los de filiación que comprendan cambio de paternidad.

## **2.5.- HIPÓTESIS**

*Si, debería establecerse medidas de protección a los menores de 7 a 14 años de edad en un proceso de filiación donde se decide judicialmente su cambio de paternidad, debido a que es necesario proteger y garantizar la plena eficacia de su derecho a la identidad con respecto a la nueva figura paterna, así como salvaguardar su bienestar integral y la armonía en sus relaciones familiares en razón del interés superior del niño.*

## **2.6.- TIPO DE INVESTIGACIÓN**

Descriptiva-narrativa.

## **MARCO TEÓRICO**

### **3.1.- CATEGORIZACIÓN.**

Los temas a desarrollarse en el marco teórico del presente trabajo revisten importancia para determinar conforme el estudio, análisis, contrastación, y orientación sobre mecanismos de protección que deben establecerse en un proceso de filiación cuando se decide judicialmente un cambio de paternidad en el menor, partiendo del interés superior del niño y de los derechos en juego, es por ello que de forma general a específica se han ordenado los temas en los capítulos siguientes, en los cuales cada uno de ellos es trascendental en la medida que le da sentido y sustentación al tema principal de estudio.

## **CAPITULO I. LA FAMILIA EN EL DERECHO PERUANO**

Este capítulo está plasmado como una unidad básica y genérica donde el objeto de estudio y análisis es la institución familia como parte del derecho, así mismo es aquella de la cual se desglosan las demás unidades de estudio del presente trabajo, y donde

se toman consideraciones, conceptos y principios básicos que orientan los temas a describirse en los siguientes capítulos. Además, otra importancia es que en el presente capítulo es donde se desarrollara un tema básico del cual el trabajo de investigación encuentra parte de su fundamento, que son las relaciones familiares como derecho constitucionalmente protegido.

## **CAPITULO II. DERECHO DE FILIACIÓN**

Este capítulo desarrolla uno de los objetivos del presente trabajo, pues se enfoca en el análisis de las acciones judiciales y procesos sobre filiación, de las decisiones judiciales y la jurisprudencia sobre cambio de paternidad, los conceptos a describirse en este capítulo dan una orientación ordenada y brindan entendimiento conceptual sobre herramientas judiciales, procesales, además de establecer el sentido de la posiciones judiciales en el tema de filiación a través del análisis jurisprudencial.

## **CAPITULO III.EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

Los temas que se relacionan a la protección de derechos del menor, derechos en juegos, acciones concernientes a su protección encuentran fundamento en la doctrina de la protección integral de la que forma parte el interés superior del menor, en calidad de sujeto de derechos. La interpretación del mismo nos dará un enfoque bastante claro para desarrollar más adelante el sentido de la protección de los derechos en juegos, la ponderación de los mismos o cuál de estos predomina para asegurar el bienestar del menor.

## **CAPITULO IV. DERECHO DE IDENTIDAD**

El cambio de paternidad en un proceso de filiación encuentra su fundamento en el derecho de identidad, que es uno de los derechos que se verán analizados desde la perspectiva del interés superior del niño en donde del análisis de conceptos doctrinarios, así como su protección jurídica se describirá, y se contrastará con su protección jurídica mediante las decisiones judiciales ya analizadas en el capítulo

sobre filiación, para verificar si esta protección corresponde o no a una protección integral.

## **CAPITULO V. EL NIÑO COMO SUJETO DE PROTECCIÓN ESPECIAL**

Mediante este capítulo se introducen temas que será necesario analizar como: las normas jurídicas que ubican al menor como sujeto de derecho y pasible de protección especial por su misma condición, y normas que en principio facultan a los aplicadores del derecho a proteger los intereses del menor en un proceso judicial que compete a su esfera jurídica o produzca efecto directo en algún derecho fundamentalmente protegido, así como a la función y labor de este de mediar un proceso desde el punto de proponer o establecer medidas que resguardan algún derecho que no pueda ser íntegramente protegido con solo la declaración judicial.

## **CAPITULO VI: REGULACIÓN JURÍDICA**

Su importancia en un trabajo de investigación de este tipo responde a su incidencia legal o connotación jurídica dado que le da sustento a toda propuesta doctrinaria o análisis que se realice a partir de él.

## **CAPITULO VII: LEGISLACIÓN COMPARADA**

Sirve para que del estudio que se realizará a la jurisprudencia en materia de filiación que implique cambio de paternidad pueda realizarse una contrastación procesal, social y fáctica a fin de determinar si nuestra propuesta sobre adopción de medidas de protección al menor en estos conflictos judiciales, como proyección de la realidad jurídica del menor, sería factible o aplicable en nuestro sistema jurídico. Por ello se hará el estudio de legislación comparada en temas de filiación o procesos que sugieran cambio de paternidad, para verificar su posición y tratamiento en contraste con el derecho peruano, su doctrina y jurisprudencia.

### **3.2.- ESCENARIO DE ESTUDIO.**

Para el presente estudio se ha considerado como escenario todo el Perú, debido a que, si bien es cierto involucra en primer lugar al poder judicial que mediante sus operadores del derecho analizan y aplican las normas concernientes a filiación, estas decisiones judiciales van a incidir directamente en el menor y en su entorno familiar por la naturaleza del caso, del proceso y el sentido de las decisiones. Asimismo, se analiza la sociedad (peruana) y las instituciones del estado que cumplen un rol frente al menor y se encargan de brindar protección y ayuda especial a estos cuando se presenta una situación que genere un daño personal o vulneración a sus derechos. Es por ello que el campo de estudio se amplía y se generalizan por los efectos que generarían en el sistema jurídico actual.

### **3.3.- CARACTERIZACIÓN DE LOS SUJETOS.**

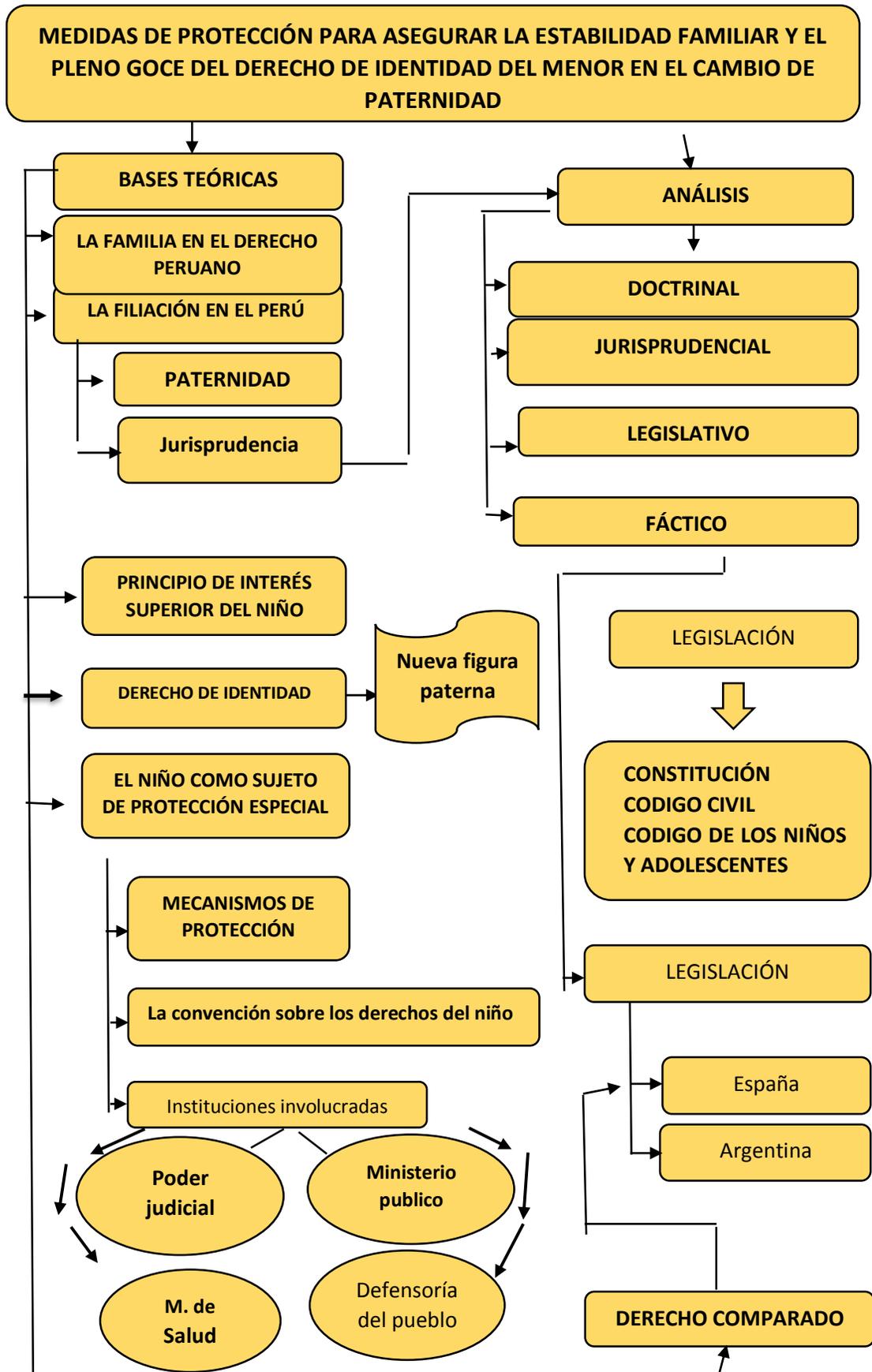
- **Poder judicial**
- **MIMDES**
- **MINSA**
- **DEMUNA**
- **Ministerio publico**
- **Defensoría del pueblo**
- **Menores de edad de entre 7 y 14 años de edad**
- **Sociedad**
- **Familia**
- **Padres**

### **3.4.- TÉCNICA E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

Las técnicas e instrumentos utilizados para el desarrollo del trabajo de investigación serán:

- Análisis de documentos (normatividad, jurisprudencia nacional y extranjera y bibliografía).
- Observación

### 3.5.- MAPEAMIENTO



**CAPÍTULO I**  
**LA FAMILIA EN EL DERECHO PERUANO**

## 1.1 ANTECEDENTES

### 1.1.1.- LA FAMILIA EN LA ANTIGUEDAD

#### *Roma:*

La familia, como cimiento en roma se constituía en la GENS, esto en alusión a la tribu a la cual guardaba pertenencia, la que paralelamente se encontraba integrada en la sociedad conformada por otras tribus agrupadas en familias, todas ellas entrelazadas y/o vinculados de un árbol en común. Como se puede apreciar, la sociedad en la Roma era clasista. Siendo que allí se podía hablar de clases de ciudadanía, Los PATRICIOS y los PLEBEYOS; Los Patricios se encontraban constituidos por la descendencia de los Padres que habían constituido el Primer Senado que se instituyó a la cabeza de Rómulo al fundarse la ciudad en el año 753 A.C.; y la Plebe, conformado por el pueblo como hoy, que para ganarse la calidad de ciudadano tuvo una lucha dura para adquirir y arrebatar a los aristócratas sus derechos. (BELLUSCIO, 1999)

A su vez, los Patricios se dividían en clases; los Aristócratas de Linaje, los cuales su linaje se remontaban a la guerra de Troya como la Gens Julia donde se encontraba Julio Cesar y la aristocracia salida de la nobleza rural local, a quienes los de antigua casta citaban como “HOMBRES NUEVOS” y a quienes usualmente miraban como clase inferior. Pompeyo, Catón y Cicerón militantes en el lado de la Nobleza Ultraconservadora, pero que no guardaban pertenencia con la nobleza. Siendo que, se consideraban a todos ellos como “HOMBRES NUEVOS” a ojos de la “VERDADERA ROMA”, a razón de ello su ímpetu de verse en la necesidad de mostrar su lealtad y su valor como romanos mostrándolo continuamente.

Como se ha podido expresar, la familia, cimiento de la sociedad también se encontraba bajo perfecta reglamentación. En roma el orden era prioritario y el pueblo sobre todo sentía amor por el orden que imperaba en ella, siendo que todo roma estaba ordenado (exceptuando las calles). Es así que cada familia se encontraba bajo el gobierno de un padre de familia o también llamado Pater Familias, siendo la

autoridad y bajo su tutela se encontraban: la esposa, los hijos, y su propiedad (esclavos), sus clientes, pues para ellos la familia eran muy importante.

El Pater Familias, considerado en aquel tiempo como el dueño de su núcleo familiar y de los miembros que se encontraban en el. Debe tenerse en cuenta que en la Roma de la época ello se manejaba de aquella manera pues era una sociedad Patriarcal, donde el Pater familias se encontraba a cargo del sostenimiento del hogar y en caso de verse en la necesidad de tomar armas para defender su hogar lo hacía, siendo él el centro y la familia giraba a su alrededor. De él dependía que el manejo de la familia sea el adecuado, y a su vez de la GENS que por vínculos sagrados se encontraba enlazada.

El Pater Familias era considerado como la máxima autoridad en la familia, atribución concedida por la patria potestad de la cual gozaba, siendo ley en la familia y debido a ello se debía obediencia a su persona en las decisiones que tomase; la patria potestad en la época romana no sólo fue una figura con reglamentación jurídica como se piensa, sino, fue efecto de la tradición que Roma seguía al considerarla sagrada. Y debido a ello, el Pater Familias, gozaba legalmente de poder en relación a sus miembros además de ser el que mantenía económicamente el hogar y actuar en representación ante los Órganos Políticos de Roma.

En roma, la concertación de matrimonios por conveniencia entre familias de la aristocracia resultaba algo común en aquella época. Es así, que se puede apreciar que en roma toda la vida se encontraba reglamentada por medio de acuerdos (contratos), y tampoco era extraño que la religión se basara en “contratos” entre los hombres y los dioses, dado que para la celebración del matrimonio se consideraba necesaria la autorización de los progenitores de los contrayentes; aquí se debe decir que los matrimonios entre hermanos estaban estrictamente condenados considerándolos como CRIMEN DE INCESTUM (incesto), pero los consanguíneos (primos) podían contraer nupcias bajo circunstancias determinadas. En cuanto a la edad de los contrayentes, el matrimonio podía ser realizado en el caso de la mujer cuando ella cumpliera los doce años de edad y en el caso del hombre cuando llegase

a los catorce, esperándose que por cuando se formalizara (boda) la mujer llegase desarrollando una vida sexual plena. Compromisos como estos se ven ejemplificados como el caso de José y la Virgen María siendo el más famoso, donde cualquiera de las partes podía romper el compromiso sin compensación alguna.

Al comprometerse, se realizaba lo que se llama la ceremonia de compromiso o también llamada pedida de mano, donde el prometido como símbolo de unión regalaba a la prometida un anillo además de los presentes dados por el prometido, sus familiares y amigos. Como se había mencionado, siendo una sociedad patriarcal era el hombre quien se encargaba de aportar la vivienda y el sostenimiento del hogar a través de su labor; en el caso de la mujer, ella daba la denominada dote, que se representaba en bienes de valor económico: dinero, tierras o joyas que eran pagadas por el padre de la prometida al marido. A la celebración nupcial, el mes próspero para realizarse las nupcias era el mes de Junio, en conmemoración al dios JUNO, siendo este dios de mucha relevancia en la vida de los romanos. El matrimonio tenía celebración en la casa de la prometida, lugar donde se reunían todos.

La vestimenta de la prometida era tradicional, que consistía en una túnica de forma recta adherida a una cinta o Cingulum Herculeum de nudo doble y cubierto con un velo en color azafrán para el ritual llamado flammeum, y su peinado constituía con un adorno de hierro (diadema) y seis trenzas realizadas. Luego de la novia haberse preparado, era tiempo de unirse a su prometido, lo tomaba de la mano en la llamada DEXTRARUM IUNCTIO, esto se realizaba en presencia de los testigos, dando fe de la unión en el respectivo registro, luego de ello se procedía a realizar un sacrificio y un banquete con baile y música. Aquí se debe mencionar la similitud de las bodas romanas a nuestras, pues pareciera que estas se parecen a las nuestras, pues se debe considerar que las bodas en la actualidad son la versión actualizada de las romanas, y de ellas se desprende la tradición que hasta ahora ha ido perdurando en el tiempo con algunos matices.

Siguiendo, al caer la noche, todos en procesión iban acompañando a los recién casados a lo que sería su nuevo hogar. Cuando se dirigían a su nuevo hogar, un

muchacho iba delante de la novia con una antorcha encendida en dirección a la casa de los recién casados, cuando llegaban, el joven arrojaba la antorcha al aire y aquella persona que tenía la dicha de tomarla era felicitado (a) pues ello era señal de que su vida sería próspera y larga; si ello lo llevamos a lo que se vive en nuestros días, algo parecido cuando la recién casada lanza el ramo de rosas, a diferencia de roma donde se lanzaba una antorcha y donde se corría el riesgo de sufrir alguna quemadura.

Cuando ya habían llegado, y se había lanzado la antorcha, la recién casada procedía a untar las vigas de la puerta con aceites y adornándolas con cinta de lana (las jambas son cada una de las piezas verticales que sirven para sostener el arco o el dintel de una puerta o una ventana). Ya cuando la recién casada había traspasado el umbral como señora del hogar, recibía en símbolo de custodia del hogar por parte de su pareja el fuego y el agua. Allí, las dos damas de la casada, las cuales eran casadas, llevaban a la recién casada a la que sería su habitación para prepararla y el esposo se quedaba con sus amigos esperando la preparación de la esposa. Como se ha ido diciendo en roma todo se sujetaba bajo un contrato, donde el matrimonio no era una excepción, siendo así que la finalidad de ello era la procrear hijos para roma.

La DOMINA o ahora señora del hogar tenía como ocupación la casa, el caso de las señoras que se encontraban en la pobreza, ellas mismas realizaban las labores del hogar como: limpiar, lavar la ropa, preparar la comida mientras que las señoras ricas sólo tenían la función de supervisar a los esclavos como hacían las tareas delegadas. A la llegada de hijos, eran las señoras quienes se encargaban de la primera etapa de su educación como fue el caso de Aurelia se encargó de la educación del joven CÉSAR, enseñándole el significado del valor de pertenecer a roma. Cuando el marido no se encontraba en casa, la palabra de la esposa pasaba a ser respetada y hecha ley en el interior del hogar para clientes y esclavos. En las reuniones o cena formal la mujer de roma se sentaba a la mesa junto a las personas invitadas, donde las mujeres se sentaban en sillas y los hombres en los llamados triclinios; sin embargo, bajo el mandato de Augusto algunas mujeres ya se habían reclinado en triclinios, lo que conllevaba a provocar escándalo en mujeres de tradición.

Las mujeres o señoras en roma no se encontraban limitadas en sus libertades, al contrario, gozaban de algunas atribuciones pues podían salir fuera de casa para comprar, realizar visitas a sus amistades, presenciar eventos públicos, visitar los templos o concurrir a termas femeninas. Aquí debemos mencionar que la mujer mientras estuviese bajo el dominio de su padre, ella se encontraba en el deber de obediencia paternal y cuando pasaba a ser mujer de su marido le correspondía obediencia como cónyuge. Aquellas mujeres que por el infortunio del destino hubieren perdido a su padre y quedado huérfanas y sin haberse casado o estando casadas hubiesen perdido a su esposo se convertían de forma automática en sujetos de pleno derecho; considerando ello, para las mujeres tradicionales de la época ello no conllevaba para ellas como liberación al contrario para ellas al encontrarse en ese estado solas y desamparadas era concebido como una desgracia.

La autoridad la tenía el marido y la mujer se hallaba casi por completo bajo su autoridad; sin embargo, la situación se equilibró a finales del siglo en la República. Aquí cabe tener en cuenta que las mujeres en Europa no accedieron al grado de libertad que se ha mencionado hasta que se llegó al siglo XX. Es así que, el divorcio ya se encontraba regulado de forma legal, sólo bastaba que las parte acordaran para su disolución, pero aquí se presentaban dos problemas tanto para él como para ella; él si se separaba se encontraba en la obligación de devolver la dote íntegra y el caso de ella, la tutela de sus hijos era perdida. Siendo que, debido a ello, los romanos preferían mantener el vínculo matrimonial y no optar por el divorcio; llegado a ese extremo cada uno de ellos hacía su “vida libre”, sin embargo, cuando se realizaban eventos o cenas, los dos se cogían de la mano y simulaban frente a los invitados como ahora en algunas familias.

Pero lo que sí era repudiado hasta el extremo de ser desterrado era el adulterio pues conllevaba deshonra. Como cuando Augusto se vio forzado a desterrar a su hija Julia por adúltera. Aquí se debe aclarar que no se consideraba como adúltero si la otra parte consentía ello y no se tornaba público, y ello ocurría mayormente.

En mención a los hijos, estos se encontraban bajo la sujeción de la tutela paterna en tanto no formaran su familia propia desvinculándose de manera legal, y la sujeción a la autoridad paterna o patria potestad se mantenía mientras el padre estuviese vivo debiéndole obediencia y respeto. Al nacer su hijo, el padre en señal de reconocimiento y de ser suyo la cogía entre sus brazos en ceremonia *SUBLATUS*. Si no se producía la ceremonia significaba que el padre no había reconocido al hijo lo que conllevaba a que este sea abandonado a fin de que muera, aunque no era frecuente. (BELLUSCIO, 1999)

### **1.1.2.- EN LA EDAD MEDIA**

En la alta edad media se recuerda que estructuralmente esto se manifestaba a su vez en sociedades germánica y romana al integrarse por el matrimonio en su conjunto (esposos e hijos), y a su vez también se consideraban a los grupos de parentesco lejano, las viudas, sobrinos, jóvenes huérfanos y los esclavos.

Como en la roma época clásica en la edad media todos los miembros descritos se encontraban bajo el dominio del varón, sea este dominio natural o bajo la adopción, y al ser descendiente de una estirpe se veía obligado a proteger a todos los miembros.

Pues lo descrito se tenía como ley, en el sentido que aquel individuo que no gozaba de la protección como derecho si no pertenecía a un núcleo familiar. Y claro está que la protección que se daba era a costa de la dependencia imperante. Pero a su vez surgían notorias ventajas como en casos donde uno de los miembros adeuda y por imperio de la solidaridad económica la parentela también debía solidarizarse y contribuir pues era obligatoria o en el caso de las venganzas familiares. Aquí también un miembro podía hacer uso de su derecho a renunciar a la parentela y para ello era necesario acudir a los tribunales donde se sometía a un ritual jurando por propia voluntad su deseo de renunciar a la sucesión, protección y todos los beneficios que pudiera encontrar en la familia.

Como se ha mencionado al encontrarse los miembros sujetos al varón como cabeza de familia, y al compartir el mismo techo, también compartían la misma cama: sobrinos, tíos, esclavos y sirvientes, hecho que conllevaba a que los pensamientos lujuriosos despertasen y pudieran apresarlos como seguidores por los cuerpos desnudos entre sí; y debido a ello la iglesia se vio en la necesidad de insistir en la prohibición de situaciones que pudiesen causar situaciones reprochables y condenables como la convivencia bajo un mismo lecho y techo debiendo optar por el favorecimiento la emancipación de la familia conyugal, permitiendo que solamente los padres y los hijos compartiesen techo y cama.

Es así también que, el padre era el encargado de proteger la pureza de sus hijas siendo el máximo protector de su progenie. Las mujeres también tenían capacidad para suceder salvo excepción llamada tierra salía, los bienes raíces pertenecientes al colectivo de la familia. Esta protección que ejercía el padre sobre su hija concluía cuando la hija era tomada en matrimonio donde el marido pasaba a ser el protector de ella.

Aquí el divorcio se producía automáticamente, si la mujer era acusada de adúltera, de algún maleficio o haber violado una tumba por su marido. Y en el caso del esposo, éste se le repudiaba al haber violado una sepultura o al asesinar. Aquí también se debe hacer énfasis que el divorcio podía producirse por mutuo acuerdo siempre y cuando ambos perteneciesen a la Etnia Galo – Romano; siendo aceptada por la iglesia pese a que no se encontraban muy de acuerdo hasta el Siglo VIII.

Una figura que se producía en la edad media era la conocida como el “DIVORCIO A LA CAROLINGIA” donde el marido animaba a su mujer a que diera una vuelta por la cocina y el marido que se quería divorciar ordenaba a su esclavo Matarife que degollara a su mujer, siendo esa una forma de quedar libre y poder casarse nuevamente; claro está que al morir la mujer el marido se encontraba obligado a pagar a la familia de la mujer una multa, y pagado ello, el marido ya podía casarse nuevamente.

A diferencia del varón, la mujer se encontraba sumida en un cúmulo de impedimentos para contraer nuevamente matrimonio; pues al quedarse viudas éstas conservaban su dote y el “Morgengabe” manteniendo independencia económica, pero si la viuda volvía a contraer nupcias nuevamente su independencia se perdería cayendo en el ámbito familiar de su nuevo esposo, y revirtiéndolo en la parentela.

En la época Alto Medieval, los hijos gozaban de especial protección; es así que, se intentaba de varias formas que el niño adoptara algunas cualidades que se querían o envidiaban en algún animal, imponiéndose así nombres a los hijos en relación a la naturaleza como: Bert Chramm, que correspondía a Cuervo Brillante, convirtiéndose hoy en Bertrand; o el caso de Wolf Gang, que significa camina a paso de Lobo; y Bern Hard, cuyo significado es Oso Fuerte, todo ello da pie al surgimiento de Bernardo.

El Neonato aquí era afortunado, ya que el sacerdote descubría a los nacidos de manera pública, en caso si nadie reclamaba al nacido, éste pasaba a ser esclavo de la persona que lo había encontrado. El niño se entregaba a una nodriza, quien se amamantaba hasta la edad de tres años por el pueblo. Su situación en tiempo de guerra era dramática pues pasaban a convertirse en botín, pues si en una ciudad conquistaba todos aquellos niños que podían orinar en la muralla eran asesinados; llevándose a mujeres y los niños menores de tres años. Y a pesar del alto índice de natalidad, la mortalidad infantil también era alta y debido a ello en el núcleo familiar el número de niños no debía ser tan alto. (BORDA, 1984)

### **1.1.3.- EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA**

La familia ha evidenciado pocos cambios en cuanto a su estructura, ello debido a la industrialización y la emigración hacia las ciudades. Como se ha podido evidenciar la familia en la era preindustrial fue la unidad más común y en la actualidad todavía se encuentra como la unidad básica en cuanto organización social en una sociedad industrializada moderna. Empero, la familia ha sufrido una variación respecto a su tradición, esta variación se ve reflejada en la función que cumple, la composición de

la misma, el rol de los padres dentro de ella y el ciclo de vida. El **Fuente especificada no válida**. contempla en su Informe de la Evolución de la Familia en Europa **Fuente especificada no válida**. que la familia representa un valioso potencial y ello se desprende de las conclusiones a la que se arriban del presente informe pues el decrecimiento poblacional conlleva un riesgo con consecuencias catastróficas, el descenso de la nupcialidad y ruptura de la familia conlleva otro problema, la natalidad por el riesgo a incrementos a abortos y la conciliación familiar que es otro problema a abordar; todos esos problemas hacen que la familia tome vital importancia pues la conciliación familiar conlleva el amortiguamiento de sus efectos como drogodependencias, marginalidad, enfermedades, entre otros. Es por ello que, la familia ha venido a ser considerada como NÚCLEO SOLIDARIO en la sociedad, no sirviendo sólo como un todo jurídico, económico y social. La familia debe comprenderse fundamentalmente como una comunidad de solidaridad y amor. En el ámbito rural la familia se encargaba del desempeño de labores como: educación, trabajo, actividades de recreo, formación religiosa, fomentar que los hijos socialicen; mientras tanto en la sociedad moderna del occidente estas tareas en gran parte la realizan instituciones especializadas.

Como ya se ha dicho, la familia se encargaba de desarrollar actividades, dentro de ellas, el trabajo era una de ellas, es así que los miembros del hogar ocupaban distintos trabajos y lejos del hogar. En el caso de la educación, generalmente era proporcionada por el estado o los grupos privados.

Los cambios que se han producido al producirse una modificación del rol de la mujer. Como se puede observar en las sociedades de hoy en día la mujer ya puede ocupar puestos de trabajo o puede volver a ocupar su puesto después de haber tenido hijos, en el mercado laboral en cualquier momento de su vida familiar, enfrentándose a expectativas mayores donde puede satisfacerse personalmente en relación de sólo hacerlo dentro del matrimonio y familia. En el siglo XX, Occidente sufrió una disminución de las familias en cuanto a su número. Esto se asoció a la movilidad de residencia y al hacer que fuera menor la carga económica de los hijos para con sus

padres, puesto que se iban consolidando subsidios laborales y beneficios que permitían el mejoramiento de la condición de vida del jubilado.

Alrededor de 1970 la familia como se conocía sufrió un cambio evolutivo en cuanto a su estructura englobándose así en familias monoparentales, familias de madre o padre casadas en nuevas nupcias y familias sin hijos. La diferencia que radica entre estas familias y las de la antigüedad en cuanto a su estructura pasa porque en el pasado, una familia monoparental era consecuencia del fallecimiento de alguno de los progenitores; mientras que en la actualidad el divorcio es la consecuencia de la monoparentalidad. De acuerdo a estadísticas, por el año 1991 un hijo de cuatro se encontraba viviendo con sólo uno de los padres, generalmente siendo la madre. Pero gran parte de las familias monoparental se modifican estructuralmente agregándose un nuevo padre o madre por medio de nuevas nupcias o tan sólo la convivencia (unión de hecho). La formación de esta clase de familia puede formarse por la unión de un padre con hijos y una madre sin ellos, una madre con hijos y un padre una madre con hijos y un padre con hijos que viven en lugares distintos, (dos familias monoparentales que se unen. Sin embargo, aquí surge un problema, dado que al haber miembros no parentales biológicamente surge o cabe la posibilidad de generar tensiones, sobre todo en el tercer caso de dos familias monoparentales.

En 1960 se produjo cambios en la unidad familiar. Las parejas deciden unirse para vivir juntas, antes o sin haber contraído matrimonio. Similarmente parejas de personas mayores, mayormente viudas o viudos, deciden optan por la cohabitación sin haber contraído matrimonio por ser más práctico desde una visión económica. También en el caso de uniones homosexuales donde se forma familia homoparental, siendo la adopción mediante la cual se forma. Fueron en Occidente en la década de 1960 y 1970 donde aparecen estas unidades familiares. Promulgándose en las 90 leyes en distintos países, europeos en su mayoría, ofreciendo protección a estas nuevas familias. (BORDA, 1984)

#### **1.1.4.- EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA EN EL PERÚ**

En la edad antigua lo que se concebía como relación sexual ofrecía un carácter desordenado, no existía la familia. La familia nace en el régimen Gentilicio donde se dividía el trabajo a razón del sexo y la edad a razón de la forma del sedentarismo, cuando a las relaciones naturales entre sujetos de diferente sexo se añaden intereses y relaciones de índole económico.

En la época del matriarcado, se evidenciaban claramente las familias matriarcales, donde priorizaba la comunidad y el matrimonio en grupos convertidos luego en matrimonios por pareja. En la época del Patriarcado, nace la Familia Patriarcal, donde en la comunidad se establece el militarismo democrático, transformándose así en una familia Patriarcal, imperando la monogamia en el matrimonio.

Así también, la mujer pasa a ser la propiedad del marido, prácticamente su esclava. Aquí la finalidad primordial de la familia es acumular riqueza y transmitir a sus herederos legitimados, siendo evidencia de ello la propiedad privada en la Sociedad Burguesa. En la actualidad, con la diversidad cultural existente a nivel mundial, así como nuestro país, la estructura de la familia se ha modificado tratando de descartar las figuras del patriarcado y matriarcado que en algún momento se acentuó sobre determinado periodo dando paso a una estructura más equilibrada de la autoridad de la madre y el padre.

Grupos sociales en el Perú primitivo:

El grupo social principal inicialmente es la que se conformaba por la mujer y el hombre teniendo como base el Amor.

**LAS HORDAS PRIMITIVAS.** - Debemos tener en claro que el territorio Peruano comenzó a ser habitado alrededor de 22 000 mil años, a sus inicios la población se acentuaba en bandas para después formarse en hordas, tiempo después aparecerían las tribus formadas por los denominados GENS.

Estas hordas primitivas, tenían como jefe o líder a aquel que se consideraba el más fuerte en la organización social.

La población se distribuía de manera exclusiva en aquellos tiempos en cuanto a la producción y vivienda; Tanto recolectando recursos de naturaleza vegetal o silvestre; y habitando cavernas.

Tratándose de una organización primitiva, no se reconocía el matrimonio, y la familia se reconocía por rasgos de consanguinidad, donde mujeres hombres convivían entre sí, todos eran cónyuges, y los hijos sólo podían reconocer a sus madres, desconociendo a sus padres.

Debido a que los varones se ausentaban de las cavernas por varios días en busca de alimentos; era la mujer quien se encargaba de la administración del grupo, pues ellas se quedaban en las cavernas y cuidado de los hijos.

Al ser la mujer quien se encargaba de la administración y/o conducción de la familia primitiva o GENS, cuidando los niños, manteniendo el orden, etc.; se asumió llamar a dicha organización como MATRIARCADO.

La familia en las sociedades pre incas. -

Al evolucionar la sociedad también evoluciona la Organización Familiar. Llegada la sociedad Pre- inca, la mujer toma el rol de cuidado del hogar; los hijos cumplían la labor de observar la germinación de las semillas con las lluvias, originándose nuevas plantas y hallazgos en la agricultura.

El descubrimiento de nuevas plantas, hizo que cambiara de forma completa la vida de la comunidad, dejando de ser Nómadas y volviéndose SEDENTARIOS.

Bajo esas circunstancias, la labor del varón tomó mayor relevancia, cambiando su papel en la organización; vale decir que, asume la conducción de las tribus que es mayor a la de las gens o familia. Producto de ello, la organización pasó a llamarse

PATRIARCADO. Seguido a ello, se puede evidenciar la conformación de la familia, donde se unen varón y mujer por acuerdo, dando nacimiento al MATRIMONIO.

En esta sociedad, los ritos ceremoniales del matrimonio eran llevados a cabo del jefe de la tribu del AYLLU; posteriormente aparecen los centros ceremoniales religiosos, templos dedicados a dioses, conformados por casta sacerdotal quien a su vez era el jefe político y militar.

Al ser una organización donde predominaba la agricultura, los jefes se reservaban el derecho a tener varias mujeres, entre las cuales una de ellas era la principal, siendo este régimen en la organización llamado POLIGAMIA.

A su vez, se produce jerarquización en la sociedad; surgiendo las clases sociales; siendo la clase popular aquella conformada por la población que cultiva la tierra, y que es la clase dominada; Y la clase dominante conformada por aquellos que detentaban el poder religioso y político.

### **La familia en la organización social incaica. -**

Esta organización se consolida en el matrimonio una vez al año, teniendo lugar en todo el país.

Siendo que el Inca como máxima autoridad es quien realiza esta ceremonia en el CUZCO; y en cada Ayllu del imperio sus autoridades.

La Organización Social o también llamada AYLLU, se conformaba por el conjunto de familias o gens y que pertenecían a un determinado territorio, quienes se consideraban como descendientes de un antepasado en común.

El hombre sigue asumiendo la mayor responsabilidad dentro de la gens, trabaja la tierra y conduce a la familia.

La mujer asume las actividades complementarias como el cuidado de hijos y quehaceres del hogar; también asume responsabilidades de la misma magnitud en las labores de índole agrícola.

Al ser evidente la jerarquía en la sociedad incaica, los gobernantes tenían su propio Ayllu o Pacana Real; siendo también que el matrimonio se producía entre sólo miembros de la clase gobernante.

El Inca a su vez era privilegiado al tener una esposa legítima denominada COYA y esposas secundarias llamadas FUSTAS O MAMACONAS.

Aquí se debe tener en cuenta que para que el hijo sea heredero legítimo al trono, éste debía ser de la COYA y reuniendo los requisitos que señalaba la tradición.

En el caso de los HATUNRUNAS que eran los hombres del pueblo, éstos no podían ni debían tener otras esposas, a su vez se le estaba prohibido poder contraer matrimonio con las mujeres de la nobleza real así hubiese alcanzado distinción. (CORNEJO CHAVEZ, 1998)

#### **1.1.5.- LA FAMILIA DESDE UNA PERSPECTIVA ACTUAL.**

Considerando a La familia estandarizada es una idealización que se busca en la realidad pero que lamentablemente pocas veces se llega a cumplir; dado que, las separaciones y divorcios que se producen posterior al matrimonio han llevado que se produzca una suerte de rompecabezas, esto se alega por la existencia en casos regulares de la coexistencia de varios papás, mamás o también el caso de hermanos de distintas uniones. Si ello se produce en la realidad, cabe hacerse la pregunta ¿Por qué las personas en su mayoría indistintamente de su condición sexual, social o la edad, anhelan una familia? Porque es un fenómeno global que existe en todas las sociedades del mundo y desde tiempos remotos. También se puede decir que la familia constituye una alianza (El Matrimonio, lo que conocemos como la unión de dos personas), y la Filiación (que abarca a los hijos). Tanto el matrimonio como la filiación

son resultados de la construcción social, y considerando los cambios constantes que ha tenido la familia en el tiempo, seguirán cambiando en medida que los sujetos sociales modifiquen la constitución de sus lazos familiares.

En consecuencia, el hecho de ser parte del proceso biológico reproductivo no nos hace padres, sino las funciones que llevemos a cabo consecuencia de un proceso espiritual complicado.

Por ejemplificar ello, el parto y nacimiento; que conllevan hechos de naturaleza física, pero que al convertirse en filiación como hecho social es lo que genera ese proceso síquico complejo que se da en el tiempo. En consideración a ello, la labor de madre y padre, es distinta a la procreación del recién nacido, ya que el desarrollo (síquico) se produce a largo plazo abarcando tiempo lo que constituirá la identidad del niño.

A través del tiempo, partiendo de la familia Tradicional, luego la Familia Moderna hasta la Contemporánea actual; se evidencia como se ha conformado los modelos que han representado a una sociedad determinada en un momento histórico determinado. Si repasamos en cuanto a la autoridad del padre y la observamos desde un punto de vista histórico, podemos notar con certeza que ha cambiado su rol. Antiguamente el PATER que obtenía la tutela de un niño se autoproclama como su ascendiente por ADOPCIÓN al levantarlo en su regazo.

En el derecho romano la Paternidad natural no significa nada. El padre en roma disponía por pleno derecho de la vida de su esposa y de sus hijos, pues pasan a ser pertenencia de él al igual que su patrimonio; esto se producía puesto que, se consideraba que al igual que éste había dado vida, también la podía quitar. Como se puede observar, el padre, en consecuencia, al poder soberano, se caracterizaba por gozar del derecho de hacer vivir o morir.

Preservando la FILIACIÓN POR ADOPCIÓN, el Catolicismo impone que la FILIACIÓN CONSANGUINEA debe primar, guardando esta paternidad correlación con la función simbólica que éste debe adoptar. Frente a Dios, el padre se considera como autoridad espiritual encarnado que ha trascendido la carne. Por ello a diferencia de Roma se

creía que la paternidad existe no solo como una manifestación del hombre sino por delegación de Dios. En consecuencia, posee el Don de la paternidad quien en cumplimiento de las leyes de DIOS se dispone a celebrar la unión matrimonial y por consecuencia tener hijos dentro de él; ya que no habiendo vínculo matrimonial ninguna familia tenía derecho a la ciudadanía. Aquí el padre transmitía un patrimonio doble a su hijo: la información biológica que le proporcionaban las semejanzas físicas y el nombre que trascendía a través del tiempo por medio de su descendencia.

En el siglo XVIII hasta mediados del siglo XX podemos notar que la familia constituía un buen prototipo en cuanto sea considerada fuente de afecto y respeto. La que se funda en el amor romántico, sancionada a través del vínculo matrimonial lo recíproco deseo carnal y sentimiento. A su vez, se da valor a la división de trabajo entre cónyuges, y donde la nación vele por la educación del hijo. La autoridad aquí se divide, atribuyéndola tanto a los progenitores como al estado. A comienzo del siglo XVIII, el poder de la paternidad empieza a disminuir, la divinidad del Dios Padre, tiene una contrapuesta al Principio de la autoridad que se funda en el CONTRATO MORAL Y SOCIAL. Al volverse la figura del Dios Padre relativa, dicha figura queda borrada en el tiempo.

Bajo el Precepto de tipo capitalista la institución familiar se apoyaba en los siguientes parámetros costumbristas: Autoritarismo del esposo, Subordinación de la mujer y Dependencia de hijos. La dominación del padre cede para darse paso a una representatividad ética, dando nacimiento a una figura nueva de Paternidad. Su poder es revestido y pasa a recuperar lo que había perdido dentro del mundo económico y privado. Pasa a ser un padre igualitario que se somete a la Ley. La naturaleza del matrimonio cambia, convirtiéndose en un contrato de consentimiento libre entre una mujer y un hombre. Donde prima el amor, que trágicamente dura lo dure este (esto derivará en lo que se conoce como DIVORCIO). Se amplía la idea del derecho a tener una familia de los niños objeto de abandono e ilegítimos. En el siglo XIX, la autoridad del padre se vio revalorizada sin cesar; pero, por otro lado, también se vio fracturada, fragmentada de manera constante.

Con la aparición de las Teorías Freudianas, ésta impacta en las vidas de las personas; y también en la Familia. Freud concibe que el inconsciente es el lugar donde la soberanía el Dios padre descansaba, reinando en él la ley de las desigualdades, ya sea con respecto al género, edades e incluso entre los intereses de los padres y los hijos. Sigmund F. expone que el amor, la sexualidad y pasión serían elementos importantes para el matrimonio. Idea como estas originan un modelo de familia enlazados por sentimientos afectivos, lo que da lugar a la unión de sus integrantes e incita un pacto de respeto. Se origina por tanto el rechazo de los actos incestuosos y posterior problema de generaciones. Freud crea una estructura psíquica parentesca inscrita el lívido sexual en el corazón de la ley doble de filiación y la alianza.

### **1.1.- NATURALEZA**

Para familia deriva del latín Familia, “que es el grupo de esclavos y siervos, propiedad del jefe de la gens”, la cual también deriva del término Famulus “esclavo, siervo”. Este término se expande semánticamente incluyendo a su vez a la esposa e hijos del Pater Familias, al cual pertenecían, hasta que fue reemplazado por la gens.

Se podría considerar que la familia es la unión de seres de sexo distinto cuya finalidad es la procreación respondiendo así a su naturaleza animal. Siendo que el hombre posee una característica espiritual lo que permite que la unión entre sexos se convierta en especial. Por ello, la unión (hombre, mujer) comprende un vínculo estable, constituyendo una comunidad, satisfaciendo el apetito moral de los progenitores para educar a sus hijos, a fin de prolongare a través de ellos, de preservar su existencia a través de su descendencia, de traspasar fronteras que bien es cierto perecen en carne permanecen en espíritu. Aquí lo jurídico se tropieza con esta realidad, la que preexiste a la Ley positiva. Pero se debe tener en cuenta que el derecho busca establecer un ordenamiento social de justicia, a lo que el creador de las leyes establece los parámetros que regirán en la sociedad, en apego y respeto por las normas que parecen proporcionar la misma naturaleza humana, en congruencia a la función social

que debe desempeñar. Siendo que, surge el matrimonio, y las reglas que la regirán. Afirmando la institución de la familia, que es un criterio admitido para muchos autores.

Desde una perspectiva legal la institución matrimonial debe ser estudiado en función de estos tiempos: CUANDO SE CELEBRA Y DESPUÉS DE CELEBRADO. Esto se debe a la intervención de la iglesia en este acontecimiento, puesto que, el consentimiento supone gran énfasis por asemejarse a un contrato. Visto desde el ámbito jurídico no se trata más que un Acto Jurídico que en el tiempo de celebrarse tiene como objetos de estudio a los sujetos, las solemnidades que reviste, la prueba y todo lo que resulte relevante como análisis en dicho acto. Pero cabe resaltar que este acto jurídico no es un mero acto jurídico pues entraña una institución como el Matrimonio, que a su vez también entraña un conjunto de normas, donde el legislador no puede disponer de su contenido arbitrariamente a pesar de ceñirse a las leyes.

Se podría decir que la familia es el pináculo de la sociedad, u importante reviste y trasciende tanto que se recoge en el artículo 16. 3 de la DUDH, prescribiendo que comprende la estructura fundamental y natural de la sociedad. Asimismo, goza del derecho a ser preservada por la sociedad y el aparato estatal. En la mayoría de países actualmente la acepción de FAMILIA y su organización ha variado considerablemente en el tiempo, esto es por el progreso que han ido consiguiendo los derechos humanos en la historia de la sociedad y el estado.

El lazo principal que define a la familia es de dos tipos: un vínculo que se ha visto reconocido por la sociedad, que es el vínculo de afinidad donde se enmarca el Matrimonio, que en ciertas sociedades sólo consiente una unión entre dos personas, contrario a las sociedades donde se es permitido la Poligamia; y la otra los vínculos de Sangre, establecidos por filiación entre hijos y padres o lazo establecidos entre miembros de una familia como lo son los hermanos. Y también la diferenciación de la familia en cuanto al grado de parentesco de sus miembros.

El derecho de familia forma parte del derecho privado, y la intervención del estado sólo es auxiliar a fin de aplicar la normativa para el goce, ejercicio, reconocimiento y

exigibilidad de derechos, deberes y obligaciones que se desprendan del vínculo familiar.

De ello se puede inferir que la familia es un conjunto de sujetos que se hallan unidos por vínculos de consanguinidad y que viven bajo un mismo techo. Aquí se plantea la interrogante ¿qué sucedería si un hijo vive en otro techo, entonces ya no sería de la familia? Pues como se ha descrito no sólo la familia se enlaza por vínculos de consanguinidad o por vivir bajo el mismo techo, sino además por vínculos afectivos, que son necesarios e imprescindibles a fin de alcanzar con ellos intereses comunes de superación y progreso.

**Asimismo, según su evolución existen distintos tipos de familia:**

- **Familia consanguínea. -**

Es aquella familia en la que sus integrantes se encuentran unidos por vínculos biológicos, en los todos descienden de un tronco en común. Dicho de otro modo, en la que los padres son progenitores de los hijos así se va manteniendo el vínculo entre sus demás descendientes.

- **Familia Punalúa.-**

Este matrimonio actualmente ya no se da en nuestra sociedad contemporánea, sin embargo en la antigüedad significo un progreso en la sociedad, y consiste en el casamiento de varios hermanos con las esposas de los otros, se da en grupo; y de varias hermanas con los esposos de las otras.

- **Familia Sindiasmica. -**

Esta familia existió o tal vez existe en pueblos indígenas, se trata de la unión de un hombre y una mujer, pero en el cual el hombre puede serle infiel o incluso tener otras mujeres, en el cual está permitido.

- **Familia Monógama. -**

Esta familia está bien arraigada en nuestra sociedad, y su estructura constituye un modelo y progreso costumbrista y social, consiste en la unión en matrimonio de un hombre y una mujer para hacer vida en común, existe exclusividad para ambos, y muchos sistemas legales le guardan protección.

**Por otra parte, dependiendo por su composición existen diversas clases:**

- **Familia Amplia. -**

Esta familia se diferencia de la nuclear porque no solo está constituida por el padre, la madre y los hijos, sino más parientes que tienen un rol importante en ella: como los tíos, abuelos o hijos políticos, etc.

- **Familia Nuclear. -**

Esta familia es la más tradicional en nuestra sociedad. Está constituida por los padres y los hijos.

- **Familia Monoparental. -**

Esta familia podría decirse que originariamente fue nuclear, sin embargo, por muerte, separación, etc. de los padres es que se convirtió en monoparental. Por ello está constituido solo uno de los padres y los hijos.

## **Y en cuanto a sus fuentes tenemos:**

- **El Matrimonio. -**

La unión matrimonial entre un hombre y una mujer es fuente directa de la familia, en nuestra sociedad se consolida a través de solemnidades como expresión de afecto y unión. Legitima la cohabitación y se objetivista mediante la crianza de los hijos. Es por ello que en todo estado existen ciertos requisitos mínimos que deben cumplirse para celebrarlo, a fin de preservar la estabilidad familiar.

- **El Concubinato. -**

Es la unión de un hombre y una mujer como si estuviesen en matrimonio, pero sin estarlo, actúan como tal, tienen hijos y cohabitan, incluso existen reglas de fidelidad, cariño y respeto. Es muy usual esta práctica y se da de manera alternativa al matrimonio.

- **La filiación Consanguínea. -**

La filiación es una figura legal en la que vincula a las personas por existen componentes biológicos en común.

- **La filiación extramatrimonial y por adopción. -**

La filiación extramatrimonial es el vínculo entre padres e hijos sin existir la figura del matrimonio. Dicho de otra forma, se trata de aquellos hijos nacidos fuera del lazo matrimonial entre los padres.

Por otra parte, la adopción viene a ser el parentesco entre un padre y un hijo sin el vínculo biológico o sanguíneo. Actualmente sobre esta figura existe mucha práctica en la sociedad, debido a su gran aceptación o como alternativa para las personas que no pueden de forma natural tener hijos o sienten lazos de afinidad o paternidad con quien biológicamente no es hijo suyo. En los sistemas legales existen ciertas formalidades a cumplir, así como llevar un proceso de adopción, a fin de que la filiación se legitime.

## **1.2.- ROL DE LA FAMILIA EN LA SOCIEDAD.**

(BELLUSCIO, 1999): La familia dentro de la sociedad es un elemento fundamental para el desarrollo de toda persona, pese a ello, siempre nos preguntamos: para cumplir ello, ¿cuál es el rol que asume? o ¿por qué es importante en la sociedad? y especialmente, ¿podrá en ciertos aspectos ser sustituida por algún organismo o entidad estatal en ese rol que desempeña?

Por citar un ejemplo: una flor, sus partes o componentes no tienen la finalidad o el objetivo de estilizar o darle un atributo estético a la planta sino cumplen una función vital, como recibir el alimento, transportar nutrientes o hacer posible la fotosíntesis. Lo mismo pasa con la familia, es un componente esencial en la sociedad por que hace posible que la persona puede crecer y desarrollarse íntegramente si es que cumple su rol adecuadamente, pero si es que no, puede ocasionar factores de riesgo que perjudiquen ese desarrollo. La familia es el primer lugar donde el niño empieza a vivir e interactuar, recibe la primera educación, la protección y el afecto que necesita para establecer una adecuada identidad y personalidad.

En ese sentido su rol es indiscutiblemente trascendental. Tiene el poder de crear una sociedad con valores, con tradiciones y costumbres bajo una base ética, así como la suficiente capacidad para obtener logros e ideales que puedan resultar en la realización de toda persona. Sin embargo, ese mismo poder puede ocasionar todo lo

contrario, sí que como se había mencionado anteriormente, ese rol no se asume con la mayor conciencia y responsabilidad posible.

En contraposición con la idea de familia como elemento fundamental de la sociedad y base para el desarrollo de la persona, encontramos el individualismo que acrecienta su idea en función de una equivocada definición de valores y libertad personal, e incita al descontrol y la libre determinación de la persona en razón de un interés propio o individual y el desentendimiento por la colectividad o el interés social. La familia nos acoge y nos ayuda para el desarrollo individual sin embargo su idea parte de hacer que nosotros encajemos una colectividad de personas que forme una sociedad más justa y bajo principios éticos para que nuestra naturaleza relacional no pueda verse afectada por conductas individuales. Entonces es importante reconocer que somos seres que estamos en frecuente relación y que la familia es nuestro primer vínculo con personas y de allí parte nuestra integración en la sociedad.

Actualmente existen sistemas jurídicos que hacen parecer arcaica la idea de institución familiar, limitándola a una relación o interacción entre padre madre e hijos, sin embargo en un sentido más pragmático la relación entre sus miembros no es el objetivo de la institución familiar, sino que esta relación consolide muchas otras situaciones en diversas áreas de la sociedad; como la estabilidad en la misma familia, la protección, educación y formación personal de los menores, el reconocimiento y la aceptación de la paternidad, paternidad y maternidad responsable, etc. En esta época moderna recién se están estableciendo dispositivos legales para reforzar de manera idónea la institución familiar en estos aspectos, reconociendo que la familia no es un fin en sí mismo, si no el principio y el fin para la construcción de una mejor sociedad.

A fin de entender de mejor manera el rol de la familia, podríamos hacer un análisis lógico pero en sentido adverso a lo que queremos, como ejemplo: nos ponemos en el caso de que la familia no esté destinada a cumplir con la función protectora, formadora, orientadora y afectiva a la cual se propone como base fundamental de la sociedad, entonces produciría consecuencias notoriamente riesgosas para todas las

personas, afectaría seriamente nuestro desarrollo personal como nuestra interacción colectiva.

En este caso la familia en nuestra formación vendría ser nuestra primera institución educativa, dado que es el seno de la formación, nos inculca nuestras primeras enseñanzas, como: caminar, comer, modales, valores, normas de convivencia, costumbres, etc. Así como también nos instruye para la vida diaria y los eventuales problemas de debemos afrontar, en pocas palabras nos prepara para la vida personal y social.

Respondiendo a la última cuestión que nos hicimos en un principio, podríamos considerar la posibilidad de que alguna organización o entidad adopte el rol de familia en el caso de que esta se extinga o no cumpla su rol a cabalidad. Históricamente algunos estados han tomado esa posición ante el decaimiento de la institución familiar; sin embargo, el estado en si es un ente ficticio que depende de la actividad de personas ajenas que muchas veces intentan promover una actividad de gobierno para mantener el control de su estado o nación, pero no procuran entablar la misma relación natural que se establecen en una familia, ni el mismo rol afectivo, ni con la misma importancia. Por ello es que nunca ha funcionado como se ha planificado. Para finalizar sobre este tema destacaremos una vez más el rol de la familia, dado que esta institución a diferencia de otras que se han instaurado en la sociedad tiene una naturaleza no solo biológica sino afectiva, en la que no ha existido o se originó a partir de una imposición gubernamental sino que se originó de manera innata, desde tiempos remotos, en el que ser humano ha caminado junto a su familia y ha guardado protección para su supervivencia.

### **1.3.- CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA.**

Para (ZANNONI Eduardo Antonio, 2004) “el derecho de familia tiene garantía constitucional y muchos de sus aspectos está regulado en el código civil. Tanto es la importancia de su regulación que está sometido al respeto de tratados, ratificados por

distintos estados, que reconocen la familia como una institución elemental en el sistema jurídico para encontrar estabilidad política y democracia de derecho.” El derecho de familia a comparación de otros derechos a franqueado el límite entre lo privado y lo público, dado que a pesar de estar contenido en norma de derecho privado la constitución abarca muchos de sus aspectos, los aborda y exige su protección como normas jurídicas de interés público, incluso la mayoría de políticas públicas e instituciones están obligados a respetar su importancia y denunciar un acto de pueda desfavorecerlo o incluso se han establecido que, en el ámbito de sus funciones, procedimientos para la mejora de sus condiciones.

Muchas normas pertenecientes al derecho de familia tienen jerarquía de derechos humanos fundamentales, entre ellos los referidos a los niños y su relación con los padres, y actualmente se ha extendido incluso al código civil del niño y el adolescente en los aspectos que concierne a su materia, como, por ejemplo: la tenencia, la patria potestad, alimentos, entre otras figuras jurídicas.

La consolidación de los derechos de familia que ahora se recogen se han establecido a partir de conflictos o guerras que provocaron la vulneración y el atentado a la esencia de la institución familiar, así como por el poco respeto de las bases sobre las que se asienta. Sin embargo, ello en vez de originar el debilitamiento de la familia ha conseguido que se reestablezcan y se fortifiquen de tal manera que sea un pilar esencial para la formación de toda sociedad en un sentido democrático.

Por su parte LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, refiere que: ninguna persona deberá tener injerencias ilegítimas en su ámbito personal o familiar. Por otra parte, también refiere que toda persona tiene derecho a conformar o pertenecer a una familia, por lo que la familia es elemento fundamental de toda sociedad. Entre otros aspectos señala con respecto a ello que las personas en su mayoría de edad tienen derecho sin discriminación al matrimonio y una familia; que la manifestación de voluntad es imperante para la celebración del matrimonio; que el estado debe procurar la salvaguarda de los derechos de la institución familiar y de sus integrantes cuyo fundamento reposa en la importancia de la familia en la sociedad.

(KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2009) Menciona que “la relación existente entre las normas jurídicas que contienen los derechos humanos y la institución familiar radica en que los primeros reconocen la importancia de los segundos y la efectivizan de manera global, en pocas palabras más allá del sistema jurídico interno.” Asimismo, si hacemos un pequeño análisis a los derechos humanos actualmente establecidos, es manifiesto que los que más se benefician en la institución familiar son los niños como principal eje y las mujeres que a través de la historia han luchado por la igualdad y el respeto hacia su persona.

Los intereses del grupo familiar en cuanto a su regulación, en la historia del Perú, han gozado de protección legal en las distintas constituciones desde el siglo pasado, comenzando por la constitución de 1920 hasta la última del año 1993, sin embargo, su contenido y alcance eran distintos en cada una de ellas. Otro aspecto debemos reconocer también es, que la importancia del derecho de familia no se debió solamente a su inclusión en la constitución política del Perú o en la ratificación de tratados sobre derecho de familia sino en otras materias que no son las normativas, como: la sociología o también la psicología, etc.

No debemos olvidar otro punto importante a tener en cuenta: la jurisprudencia, que en temas de derecho de familia ha ido evolucionando considerablemente tanto en uniformidad como en interpretación normativa, dado que las mismas han tenido que acomodarse a nuevas situaciones fácticas y aspectos jurídicos que últimamente han sido motivo de abundante doctrina y cambios normativos (GIL DOMINGUEZ, 2006).

Para finalizar, las resoluciones jurisdiccionales que emiten los jueces en el ejercicio de sus funciones, son el reflejo de que hay bastante incidencia de carácter público en sus disposiciones, dado que siempre se invoca la constitución o el interés difuso o incluso normas publicas internacionales. Ello podría ser contrario al carácter normativo de las disposiciones que regulan en mayor parte el derecho de familia. Pese a ello, esta contradicción no debería tomarse en cuenta para intentar quitarle el mérito a las normas privadas que regulan la institución familiar, sino acrecentar el peso de las

mismas debido a que existe suficientes argumentos para considerar que la institución familiar asienta sus bases en normas de orden público.

#### **1.4.- ESTABILIDAD DE LAS RELACIONES FAMILIARES**

##### **1.5.1.- DEFINICIÓN**

(BELLUSCIO, 1999) “En la relación familiar es donde se encuentran los pilares básicos para la formación de toda persona: la afectividad, el sentido de pertenencia, la determinación y la independencia. Siendo necesario ello para que se consiga el desarrollo integral de toda persona en muchos ámbitos de su vida.”

Siempre en toda familia es necesario que las relaciones o los vínculos que se formen tengan la estabilidad y la tranquilidad necesaria para originar un ambiente agradable en el que se incite a la afectividad de sus miembros. Dado que en la familia es donde aprendemos a querer a las demás personas, donde experimentamos el cariño y otras emociones como, la comprensión, la alegría, la seguridad; es donde aprendemos valores como, el respeto, la libertad, la confianza, la responsabilidad, etc. Todo ello nos da la personalidad y las herramientas suficientes para integrarnos en la sociedad de manera tal que sigamos construyendo en cadena una sociedad consolidada en valores.

Toda persona tiene que sentir el ánimo de pertenencia a un determinado grupo familiar, eso es lo que lo conlleva a definirse y conseguir identidad, así como a determinarse en la vida, puesto que al saber a dónde pertenece lo hace tener confianza de que es lo que quiere lograr. Si sientes que en algún lugar existe un grupo de personas en los que puedes confiar y de llegar el momento te abrirán estrechamente sus vínculos porque tu perteneces a ellos, es primordial en toda persona, puesto que saber que somos seres sin una identidad familiar establecida podría tener una incidencia perjudicial.

## **1.5.2.- PROTECCIÓN JURÍDICA**

### **La Convención sobre los Derechos del Niño:**

Norma jurídica de carácter internacional, establece los parámetros para la protección idónea del derecho de familia, asimismo tiene como principal objetivo la salvaguarda de los derechos fundamentales del niño, de su relación con sus padres y la estabilidad de su entorno familiar y la armonía de sus integrantes. Al respecto en su 4° y 5° considerando, establece: que la familia es componente esencial de toda comunidad, cuyo ambiente es el adecuado para el desarrollo integral de todo menor.

### **Constitución política del estado:** (Gaceta Juridica, 2011)

#### **Artículo 4.- Protección a la familia.**

La colectividad y en especial el estado gubernamental salvaguardan primordialmente al menor, a la madre y al adulto mayor. Resguardan en todos los ámbitos a la familia, promueven la unión matrimonial, dado que son pilares para toda sociedad.

Artículo 6°. - establece la importancia de la paternidad y maternidad responsable. El estado debe implementar a través de medidas gubernamentales políticas dirigidas a la educación, a la vida y la protección del menor. En cuanto a los menores estos le deben obediencia y asistencia a sus padres. La igualdad legal de los hijos y la prohibición de la condición filiatoria de estos en documentos de identificación.

#### **Código civil:**

El Artículo 233°: establece que el derecho de familia tiene objetivo fortalecer los vínculos entre sus los integrantes del hogar familiar, así como determinar una sociedad digna y llena de valores que se rija en el marco legal vigente y el respeto de los principios que inspiran el sistema jurídico.

**CAPITULO II**  
**DERECHO DE FILIACIÓN**

## 2.1.- EVOLUCIÓN NORMATIVA

**Con el Código civil de 1852:** Sumilla: "La filiación del hijo natural sólo puede declararse por el reconocimiento explícito y directo del padre aun en el caso de que la abuela lo haya reconocido como hijo de su hijo".

**Código civil de 1936** Sumilla: "Para declarar la filiación, son insuficientes las declaraciones testimoniales que afirman la posesión constante de hijo, sin referencia a hechos directos del padre que envolvían el reconocimiento del hijo". Sumilla: "Por el solo mérito de la prueba testimonial no puede declararse la filiación ilegítima" En las antiguas legislaciones se distinguió no solo a los hijos legítimos de los ilegítimos, sino que también se realizó la tipificación de los ilegítimos en naturales y espurios, a su vez de la clasificación de los espurios hicieron una sub clase. Parte de esta subclasificación acoge el código de 1936, debido que hace distinciones entre ellos a los hijos producto de adulterio o en caso de actos incestuosos.

**La constitución política de 1979** menciona en su art. 6, entre otras cosas, la igualdad entre todos hijos, por ende, impide toda mención sobre su estado filiatorio y estado civil de sus padres en los registros civiles.

Entonces es notorio que desde que se fue instaurando la sociedad como estado ha habido diferencias en la condición filiatoria de los hijos; sin embargo, en estas últimas décadas en nuestro sistema jurídico ha ido evolucionando bastante la idea de igualdad en muchas materias, es por ello que los conceptos han ido cambiando bajo esa perspectiva, incluso estados jurídicos como la naturaleza filiatoria.

Ahora bien, con respecto a ello, existe una clara vinculación de los padres con sus hijos, incluso al no haber nacido aún, en el marco de las relaciones matrimoniales. El fenómeno del matrimonio se hace ver por dos motivos principales: como primer punto, el matrimonio conlleva una atadura entre los cónyuges al deber de fidelidad, lo que conlleva renunciar de forma voluntaria y libre, a consentir un trato de índole sexual

con una tercera persona, pero imponiéndose ambos el débito sexual. Por medio del principio de que, se presume que las personas cumplen su deber y su comportamiento es honorable, hasta que se pueda demostrar lo contrario; bajo este enunciado se considera que la mujer casada que se encuentra embarazada, dicho embarazo es también obra del marido. Aquí se debe considerar que el vínculo lógico y automático que otorga certeza y fija estatus de hijo legítimo, no sucede lo mismo cuando se trata de un ilegítimo. En caso del hijo ilegítimo, éste podrá señalar quien es su madre, pues fue ella quien la mantuvo en su vientre, pero no se aplica con el padre, a quien es difícil individualizar. Vale decir que, cuando se produce el nacimiento de un hijo considerado como legítimo, no se ocultará dicho acontecimiento, al contrario, se hace de público acontecimiento, exhibiéndose, acto que se esperaría de los progenitores incluso antes de su nacimiento. (VARSI ROSPIGLIOSI, 1999).

## **2.2.- DEFINICIÓN**

Haciendo mención al autor (MENDEZ COSTA), este manifiesta que la filiación es el vínculo existente entre los padres y sus hijos. En otras palabras, podríamos decir también que es el lazo biológico que une al padre o madre con su hijo, en el caso de los hijos, es el lazo biológico con sus padres.

En términos normativos, es el vínculo jurídico natural que existe entre los padres y los hijos, y viceversa, lo que conlleva a la filiación paterna o materna. En términos normativos muchos lo asocian a una figura pasible de acuerdos o transacciones, incluso de naturaleza contractual, debido que podrían existir obligaciones de índole legal, sin embargo, está muy lejos de ser la idea que gira en torno de la figura, debido que no debemos de tergiversar la idea de protección de derechos y regulación de conductas jurídicas con la obligación contractual que deriva de la voluntad de las partes arribando a un fin económico.

La filiación se traduce también al sentido de pertenencia entre los hijos y los padres, pero bajo un contexto afectivo y de protección. Actualmente existe una clasificación de filiación para fines meramente dogmáticos, y no para desequilibrar la igualdad de

derechos. Por un lado, está la natural y oro la adopción. Con respecto a la primera existe una sub clasificación: la matrimonial y la extramatrimonial, la que generan los mismos efectos en términos legales.

Saber sobre nuestra procedencia biológica, y quienes fueron las personas que nos dieron la vida, es un sentimiento que corresponde a nuestra naturaleza humana. Actualmente los sentimientos que nos conllevan al deseo de saber quiénes son nuestros progenitores ha dado lugar a una estadística amplia de procesos sobre filiación, y de la mano de ello y bajo el afán de encontrar la certeza biológica es que la ciencia ha ido avanzando en el tema. Actualmente la ciencia médica mediante la prueba de ADN es capaz de determinar de manera certera el vínculo biológico entre dos personas. Sin embargo, la filiación va mucho más allá de ser un resultado biológico, para muchos la trascendencia más importante de las filiaciones la herencia de toda una cultura y tradición que forma individual y socialmente a una persona y la conlleva a pertenecer a un grupo. Ello rompe las barreras del tiempo y se mantiene por generaciones.

(SUAREZ FRANCO, 1998) Menciona con respecto a la filiación: es una figura jurídica que dispone un estado, estado que se le atribuye a un individuo en determinación del vínculo biológico que lo une a sus progenitores, e inicia al momento de nacer. Podría señalarse también como una condición de la paternidad y la maternidad, dado que, sobre estos últimos conceptos vendrían a ser el vínculo de los padres con su hijo, la filiación por tanto es en sentido contrario, del hijo frente a sus padres. Por otra parte, aquel vínculo filial conlleva a la determinación de muchas obligaciones y derechos pasibles de protección legal, debido que ese estado, en un sentido más amplio, constituye una situación jurídica dentro de la sociedad, y las conductas sociales así como su organización se rige bajo un sistema de derecho. Como también ya hemos mencionado los conceptos sobre filiación han evolucionado en el plano social, científico y jurídico. Ello nos demuestra la importancia que conlleva el tema. Incluso en materia de familia encuentra su trascendencia y en los derechos del niño y del adolescente.

Hoy en día nuestro actual código civil establece el estado hijos matrimoniales y extramatrimoniales, sin embargo, en el código anterior se estableció una marcada desigualdad, debido que los menciona como categoría: por un lado estaban los legítimos y por otro los ilegítimos. (CORNEJO CHAVEZ, 1998). Conceptos ya no usados por el actual código.

## **2.3.- FILIACIÓN Y PATERNIDAD**

### **2.3.1.- ASPECTOS GENERALES**

Sobre la filiación y la paternidad tenemos que hacer referencia al acto de procreación, entre las relaciones humanas existen las relaciones amorosas o de pareja entre un hombre y una mujer, que bajo una unión matrimonial o no, pueden generar el acto de la concepción y posterior alumbramiento, el nuevo ser ya tiene un vínculo natural y biológico con sus progenitores, su vínculo es de filiación, y el de los progenitores es el de paternidad o maternidad. Entonces podríamos decir que la filiación y la paternidad nacen de la misma relación o del mismo vínculo lo que cambia es el enfoque. (BORDA, 1984).

Entonces el concepto de paternidad o maternidad vendría a ser la relación o vínculo que existe entre el padre y sus descendientes (hijos). Actualmente existen otras fuentes distintas a la biológica, sobre paternidad; sin embargo, la mayoría de veces hacemos alusión a la biológica.

La paternidad refiere a la relación consanguínea que une a un padre respecto de su hijo. Como ya lo había mencionado anteriormente, existen otras fuentes de la paternidad distintas a la biológica, ella es la adopción, cuyo vínculo no tiene carácter biológico. En la adopción si bien es cierto no está presente la característica biológica pero existe o debería existir la igualdad en el resto de características, debido a que su finalidad y su estatus es el mismo, inclusive su lazo se origina a partir de la elección,

de la voluntad del padre o podría ser también del hijo y ello conlleva a la determinación del querer la paternidad sobre ese ser.

Por otra parte, la paternidad, algunos autores consideran que es el vínculo real o presunto del padre con el hijo. Que en el primer caso deriva de la procreación y en el segundo de un estado de hecho querido por el padre, ambos para objetivar y efectivizar una serie de derechos y deberes que nacen a partir de esa relación. Todo ello crea un vínculo irrompible que queda fijo en la personalidad y las vivencias de ambos. También con respecto de ambas figuras al unirse constituyen la relación paterno-filial. Sobre este aspecto no podemos mencionar ello sin dejar de mencionar también a la familia que como núcleo de la sociedad se convierte en el albergue de ese tipo de relaciones, es por ello que las relaciones familiares en su conjunto revisten trascendencia. La filiación tiene dos acepciones, la primera es por la relación que se forma con el padre y la otra la que se forma con la madre, es por ello que la filiación es una relación cuya característica es la bilateralidad. Sin embargo su naturaleza tiene el mismo fundamento, y como ya lo hemos mencionado líneas arriba constituye el principal eje de las relaciones familiares. (BORDA, 1984).

La filiación como figura jurídica es la relación entre los padres biológicos con sus hijos. En su expresión nos permite inferir que no reconocen las otras fuentes de la filiación, aunque actualmente muchos autores expresan un concepto más amplio de filiación, debido al gran alcance que ha obtenido la adopción en nuestro sistema jurídico. No olvidemos también que filiación es la relación entre los padres (ambos) y los hijos, dado que uno desempeña el rol de padre y el otro, aunque de distinta manera su labor es complementaria. Además, que son el punto de partida para la formación familiar y la parentela. Este último vendría a ser el vínculo que nos une con cada integrante de nuestro grupo familiar, de esa manera se va estructurando toda sociedad.

La maternidad empieza incluso antes del parto, ello porque entre madre e hijo se forma un lazo muy estrecho y su sensación se traduce en ánimo de estar juntos experimentando un estado de dependencia de uno sobre el otro. En cambio la paternidad si bien es cierto puede sentirse también antes del parto el vínculo fuerte se

da con el contacto externo entre ellos y queda establecida con las vivencias entre ambos (MENDEZ COSTA, 1986).

Existe un concepto amplio también para la filiación y la paternidad, que no solo se traduce en el vínculo entre padres e hijos sino entre padres e hijos y los demás descendientes, es decir “con los hijos de mis hijos”. Los hijos son la proyección de los padres, en ese aspecto esta definición toma sentido dado que la relación con los demás descendientes después de los hijos también se traduce en la filiación, aunque en segundo grado porque el primer grado es para los padres, sobre esto incluso existe reconocimiento legal sobre los mismos, dado que los abuelos pueden reconocer a los nietos en ausencia o incapacidad de los padres y por esas mismas causas también en determinadas circunstancias pueden tener la tutela de ellos. Existe distinciones entonces en la filiación: la filiación biológica y la legal. En el primer caso se condiciona el supuesto biológico, en el segundo es como consecuencia de lo que presume la ley. Tanto en el primer caso como en el segundo coexisten en nuestra sociedad, el primero como consecuencia de un estado natural y el segundo para proteger ese estado natural y para proteger también las relaciones paternas y en especial los derechos del menor.

El autor (PLÁCIDO VILCACHAGUA) menciona que la filiación en nuestra sociedad constituye una relación importante en la familia, la familia a su vez es el núcleo de toda sociedad y un elemento estructural esencial. De ese tipo de relaciones se deriva el sentido de pertenencia y el sustento del origen de la persona en su vida social.

### **2.3.2.- PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS PATERNO-FILIALES**

#### **LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

En cuanto a la discriminación señala Larumbe que, el artículo 2 en sus numerales 3.1 y 2.1 señalan que los derechos que se enuncian en la Convención deben ser honrados por aquellos estados integrantes sin hacer una distinción a razón, sea de nacimiento u otra circunstancia del niño, de los progenitores o representante legal; y salvaguardar

al niño frente a causas que pudieren ponerlo en riesgo como: discriminación por creencias de sus progenitores o la condición de éstos. (LARUMBE CANALEJO, 2002)

En cuanto a la figura de la protección de menor, el artículo tercero se establece que, Tribunales como autoridades de la administración pública u órganos Legislativos, deberán de tomar en consideración como primordial EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. A su vez, se alega que los estados participantes se encuentran en la obligación de proteger y cuidar al menor a fin de garantizar su bienestar, para ello los estados se encuentran en la obligación de tomar medidas administrativas y legislativas adecuadas.

La convención respecto al rol de los padres, en su artículo quinto, prescribe la obligación de que se respeten sus responsabilidades, sus deberes y derechos; siendo congruentes a la convención en cuanto como debe ser orientado y direccionado para que el menor pueda ejercitar sus derechos enmarcados en la convención.

También se ha reconocido en su artículo veintisiete que, todo niño tiene derecho a un nivel adecuado de vida a fin de permitir un desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social; a su vez la correspondencia de brindar condiciones adecuadas de vida de los padres a sus hijos, a efectos de garantizar su desarrollo. Caso en el que los estados parte deberán adoptar los mecanismos necesarios para lograr ello.

#### DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

La presente declaración prescribe en su artículo tercero que, no se admitirán excepciones, distinción o discriminación al reconocerse y aplicarse los derechos que se contengan en ella, por motivo de nacimiento u otra condición.

#### EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Prescribe en su artículo 10, numeral 10.3 que, se debe garantizar la protección y asistencia en favorecimiento de todos los niños y adolescentes sin distinguirse a

ninguno de ellos a razón de filiación u otra condición, adoptando las medidas necesarias.

## CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Al respecto la convención sobre los derechos del niño ha señalado algunas medidas que garanticen su protección adecuada.

Ejemplo de ello, el artículo sétimo en su numeral 7.1 señala una debida individualización del recién nacido, el derecho a su identidad, estableciendo que éste tiene derecho a un nombre, a una nacionalidad; y dentro de lo posible a poder conocer o saber quiénes son sus padres y ser cuidado por éstos.

El artículo 7 en su numeral 7.2 prescribe que, todos los Estados partícipes deben garantizar que los derechos respecto a los niños sean debidamente aplicados por sus legislaciones nacionales y en concordancia a las obligaciones contraídas en instrumentos internacionales.

A su vez, el artículo octavo prescribe el compromiso de los Estados a ser respetuosos de preservar los derechos del niño como: su derecho a la identidad, donde se incluye su nombre, su nacionalidad y las relaciones familiares conforme a la ley y sin injerencia ilícita. También se prescribe medidas en cuanto a la privación ilegal de elementos que mellen su identidad o todos ellos, en tal sentido, los Estados deberán proporcionar todos los mecanismos que permitan restablecer sus derechos y asegurar la identidad del niño de manera íntegra.

El artículo 12 al respecto, señala que el niño se encuentra en la posibilidad de formar un juicio propio para expresar y tenerse en cuenta su opinión en los asuntos que lo involucren y afecten, esto de acuerdo a la convención será en consideración a la edad y madurez que presente.

La finalidad de lo mencionado en la convención sirve para que el menor se encuentre en la posibilidad de ser escuchado en un proceso judicial cuando se vea violentado

sus derechos; esta posibilidad de poder acceder al órgano jurisdiccional podrá ser de forma directa o por medio de algún representante u otro de acuerdo a la ley.

Además, el artículo 18 comprende las obligaciones de los padres en cuanto a criar y velar por el desarrollo del niño. Con ello, lo que se pretende es garantizar el INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Para finalizar, el artículo 39 prescribe que, los Estados se encuentran en la obligación, como ya se había mencionado, de en el caso el niño haya sido víctima de abandono o trato degradante de brindar y tomar medidas para promover su recuperación psicológica, física y poder ser reintegrado a la sociedad. Las condiciones en que se produzca esta recuperación deberá reunir condiciones de salud, de respeto y dignidad a sí mismo.

**CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.**

La Convención al respecto menciona que se deberán tomar medidas que garanticen una adecuada comprensión sobre la maternidad basada en la educación familiar, y entendiendo que el rol de los padres en la crianza, desarrollo y educación de los hijos, siempre enfocado en el interés superior del niño.

## **2.4.- FILIACIÓN MATRIMONIAL**

Conceptos Doctrinarios

Hablar de filiación es hablar de descendencia, al lazo que existe entre padres e hijos; pero refiriéndonos a un concepto genérico, más amplio, se referiría a la descendencia y los antepasados. Cuando se habla de filiación se hace referencia al hijo, pero cuando se tiene en cuenta al padre e hijo entonces estamos frente a una relación de carácter paterno filial; en caso de madre e hijo, una relación materno filial. (MIZRAHI, 2006)

Los derechos de los hijos no siempre recibieron un trato igualitario, pues había un condicionamiento a que nacieran dentro del matrimonio; dado que, si el nacimiento se producía fuera del matrimonio sus derechos se restringían por considerarse inferior, respecto a los hijos nacidos en matrimonio. Esta figura se vio reflejada en el Código de 1936, donde el artículo 732 del C.C. enmarcaba la clasificación de los hijos, respecto de aquellos nacidos dentro del matrimonio y aquellos que no, esta clasificación era de legítimos e ilegítimos; y no sólo se traducía en términos sino también en los derechos. Ejemplo de ello, en materia de suceder a los padres, el hijo ilegítimo sólo tenía derecho a la mitad de la herencia en contraste al hijo legítimo a quien los derechos se le otorgaban de forma completa. Con la venida del Código Civil de 1984, el trato diferenciado y discriminatorio que se veía reflejado en el código de 1936 quedó anulado, y respetándose y en concordancia con el artículo 6 de la Constitución Política de 1979, la que se encontraba aún vigente cuando se promulgó el código civil de 1984, pese a haberse apartado del trato discriminatorio en cuanto a derechos, se diferencia según su nacimiento dentro del matrimonio o fuera de éste; en la actualidad los hijos se tienen de acuerdo a la legislación como: matrimoniales y extramatrimoniales. (MENDEZ COSTA, 1986)

De ello se puede decir que cuando se nombra a la filiación matrimonial se hace referencia a los hijos nacidos o tenidos dentro de una relación matrimonial, pero de acuerdo a Borda, esto es impreciso ya que, refiere que allí hay dos momentos que se distancian en el tiempo; una que es la concepción y la otra el nacimiento; pues refiere el autor en mención que estos dos momentos no necesariamente pueden ocurrir en el matrimonio, pues la concepción se puede producir antes del matrimonio y que naciere en él; o sea el caso en que la concepción se produjese en el matrimonio y por diversas causas se produzca la disolución del vínculo matrimonial y naciese fuera de él; en tal caso, aquí refiere que, debe considerarse por “tenido” a los hijos concebidos o alumbrados, y tenerse en cuenta que no necesariamente un concebido o alumbrado de mujer casada significa que el padre del concebido sea el marido. (BORDA, 1984)

Teorías de la Concepción y el Alumbramiento. -

La teoría de la Concepción conlleva que los hijos serán tenidos como matrimoniales siempre que hayan sido concebidos dentro del matrimonio, esto será incluso cuando el vínculo matrimonial se disuelva y el concebido naciese fuera de él.

En el caso del Alumbramiento, el hijo será considerado como hijo matrimonial incluso cuando hubiese sido concebido fuera de él, pero para ello debe haber nacido dentro del matrimonio.

En este caso (ZANNONI Eduardo Antonio, 2004), hace algunas observaciones a estas teorías, refiriendo que ambas tienen problemas en su concepción dado que, si se adoptara la teoría de la Concepción, un hijo nacido dentro del matrimonio, pero concebido fuera de él no podría considerarse como hijo matrimonial sino extramatrimonial; y si se adoptara la teoría del Alumbramiento, aquellos hijos que nacieran dentro del matrimonio, pero concebidos fuera de él serían considerados como hijos extramatrimoniales. Ejemplo el caso del hijo póstumo.

#### Teoría Mixta

Al haberse evidenciado una clara injusticia en las teorías precedentes, surge una teoría que combina dichas teorías, es así que nace la teoría mixta, pero para ello se debe recordar lo prescrito en el código civil artículo 1, donde se prescribe que, “EL CONCEBIDO ES SUJETO DE DERECHO PARA TODO CUANTO LE FAVORECE” a su vez, el artículo 361 del código civil también refiere que el hijo que naciese dentro del matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo, se tendrá por padre al marido. En tal sentido, serán hijos matrimoniales aquellos que nazcan dentro del matrimonio, aunque hubiesen sido concebidos fuera de él, y también aquellos que nazcan luego de haberse disuelto el matrimonio y que hubiese sido concebidos dentro de él.

Si bien es cierto, de acuerdo a esta teoría se resuelve el problema de los hijos matrimoniales, también genera un injusto en cuanto a la paternidad de los hijos; puesto que, esta presunción hace que los maridos se reconozcan como padres protegiendo a los hijos pero que sucede con aquellos maridos que desconocen su paternidad o

mejor dicho ¿qué sucede con aquellos maridos que no reconocen como hijos a los concebidos por la mujer? ¿qué sucede cuando se le imputa como su hijo, pero éste (marido) niega ser el padre por no haber cohabitado su mujer? Es aquí que el presunto padre señalado por la mujer, al considerar que él no pudiese ser el padre y al enervar la presunción, tiene mecanismos dados por la ley para poder accionar en supuesto donde la relación paterno filial se vea enervada.

Claro está que, el artículo 361 del C.C. beneficia al hijo, pero como se ha manifestó también se crea la posible acción del padre de negar a su hijo cuando crea que éste no lo es. En tal caso, los argumentos del presunto padre serían la negatividad de aceptar ser el padre, la negativa de haber tenido relaciones sexuales con la mujer en el lapso de la concepción, ante ello, se considera un plazo para la gestación; en este plazo se comprenderá la concepción y alumbramiento, como se sabe cada organismo de la mujer es distinto y por tanto sería difícil establecer un plazo único para ello, en cuyo caso se fija un plazo mínimo y máximo de 180 días a 300 días.

## **LA PRESUNCIÓN PATER IS Y SU APLICACIÓN.**

De ROMA llega la presunción *Iuris Tantum*, reconocida como *PATER IS EST QUEM NUPTIAE DEMOSTRANT* que significa etimológicamente, Padre es quien las nupcias demuestra, y se traduciría como si la mujer que se casa alumbró un hijo, se considerará como el padre al marido; ello se tiene por probado dado los deberes de cohabitar y fidelidad que debe haber entre cónyuges; empero, cabe también la hipótesis que la mujer casada que concibe un hijo, no necesariamente significaría que el hijo sea del matrimonio, en este sentido se abordará dos hipótesis:

En el supuesto del nacimiento de un hijo luego de 180 días de haberse celebrado el matrimonio o antes del vencimiento de los 300 días de disolverse o anularse el matrimonio; bajo estos enunciados los hijos gozarán de la presunción *PATER IS QUEM NUPTIAE DEMOSTRANT*, lo que significaría que el hijo concebido por mujer casada se reputa como hijo de su marido, lo afirmado es en referencia a los deberes

que están impuestos en el matrimonio y que conllevan reciprocidad entre ambos, y esto es por el trato exclusivo íntimo y excluyente; con lo que al producirse el nacimiento de un hijo en los plazos mencionados se reputaría padre al marido de la mujer que lo concibió. Cabe decir que esta presunción admite la prueba en contrario.

En el supuesto del nacimiento de un hijo antes de 180 días de haberse celebrado el matrimonio o después del vencimiento de los 300 días de disolverse o anularse el matrimonio; como se puede evidenciar aquí la concepción se ha producido fuera del matrimonio, en tal caso, el nacido no podrá gozar de la presunción Pater is, debido a que la relación extramatrimonial no se puede presumir; en dicho caso, la decisión de negar o aceptar la paternidad del recién nacido será de exclusividad del marido, en el supuesto que no se considerare padre del nacido entonces accionará para no ser reconocido como tal, pero en el caso que se sintiera padre del nacido entonces no requerirá acción alguna. Y el hijo se considerará como matrimonial; cabe mencionar que en el caso del hijo nacido luego de los 300 días de disuelto el matrimonio, no habrá problema en el reconocimiento del hijo extramatrimonial, teniendo que el padre será el ex marido.

Como se sabe, el estado familiar es inherente a las personas; pues todas las personas al tener padres y madres, y encontrarse debidamente acreditados sus vínculos paterno o materno filiales se les reconoce ese estado familiar; dicha vinculación conlleva dos componentes: un hecho natural que se refiere a la procreación; y el de naturaleza jurídica, que se representa por el título que es otorgado por el estado y que reconoce el estado familiar de una persona, esto se representa a través de la partida de nacimiento en el caso de los hijos nacidos y la partida de matrimonio en el caso de las nupcias; y en el caso de los hijos extramatrimoniales este reconocimiento será a través del propio reconocimiento del padre o por la declaratoria de paternidad judicial.

Vale decir también que, aquellos que no se encontraran emplazados por el estado familiar que debe corresponderles, goza de las acciones estatales a fin de que pueda declarar la existencia de presupuestos sobre el estado; ejemplo de ello, aquellos hijos

que se consideren como tales respecto de matrimonios, en tal caso, éste (hijo) procederá a tomar las acciones que el estado le brinda para poder ser considerado u incorporado como hijo matrimonial por derecho; también cabe la posibilidad de que el estado familiar se vea modificado, ejemplo de ello, el marido que tenga duda razonable que el hijo que su mujer lleva en el vientre o que haya nacido no es suyo, puede también accionar para desaparecer el estado familiar por el hijo de su mujer, y que por ley, éste (hijo) gozaría en calidad de hijo matrimonial.

De lo comentado se puede decir que, todas aquellas personas que tengan elementos razonables para considerarse como hijos y no gozaran de ese derecho, podrán reclamar esa condición, o aquellas personas que no se consideraren padres de los hijos de su mujer podrán negar el vínculo con el hijo; es aquí que se habla de dos acciones: una para incorporar o que e otorgue la calidad de hijo e incorporarse al estado familiar llamado RECLAMACIÓN, y otra para anular ese estado NEGACIÓN O IMPUGNACIÓN. En la acción de reclamación se encuentra la Filiación Matrimonial, mientras que en la acción de negación encontramos la impugnación de maternidad o paternidad.

## **IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD**

### **Concepto. -**

La impugnación de paternidad debería ser entendida como aquella declaratoria en sede judicial donde una filiación que fue debidamente acreditada mediante un título no guarda coincidencia con la realidad biológica. (AZPIRI, 2000)

### **Negación y/o Desconocimiento de Paternidad. -**

Doctrinariamente existe discrepancia entre los términos negación que también es desconocimiento e impugnación. Cabe mencionar que, el desconocimiento ocurre debido a que el nacido de la mujer casada no se encuentra dentro de la presunción Pater is, en consecuencia, el marido con tan solo mencionar que aquel hijo no es suyo

estaría anulando el estado de familia y ante ello quienes deberán probar lo contrario son las madres y los hijos.

En el caso de la impugnación de Paternidad, el marido es quien deberá probar que el hijo no es suyo; esto ocurre dado que éste (hijo) goza de la presunción Paternis;

La diferencia entre estas dos figuras radica en quien tiene la carga probatoria.

Casos de Negación de Paternidad. -

Aquí la ley ha determinado supuestos en los cuales el padre podrá negar a su hijo o hijos; es así que el artículo 363 del C.C. modificado por ley N° 27048 prescribe lo siguiente:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio.

Teniendo en cuenta este supuesto se puede observar claramente que el tiempo transcurrido a la celebración del matrimonio no supera la duda razonable para considerar que la concepción se produjese dentro, es claro esto, por tal motivo el hijo no gozará de la presunción Paternis, por cuando la ley no presume una relación extramatrimonial. En tal caso al marido sólo corresponderá probar la fecha de la celebración del matrimonio y en nacimiento del niño (artículo 370 C.C.), y a quien recaerá la carga probatoria será a la mujer madre del niño; y en ese sentido tampoco se podrá decir que no se tuvo conocimiento de algo u ocurrió algo, lo que se denomina **PROBANZA DIABÓLICA**.

Empero, esta acción también se limita al conocimiento del marido, se hace alusión al artículo 366 del C.C. donde si el marido hubiese tenido conocimiento del hecho del embarazo de su mujer, entonces al advertir tal condición manifiesta la responsabilidad del embarazo.

También se aplica ello en el caso de hijos muertos, cuando se quiera determinar la relación paterno filial, ello para efectos de buscar o demostrar causal para invalidar el matrimonio lo que devendría sustancialmente en hacer la vida en común insostenible.

Cuando ambos cónyuges no han cohabitado en un lapso de 121 días antes de que el menor nazca

2. cuando ambos cónyuges no han cohabitado en los primeros 121 días de 300 anteriores al nacimiento del menor.

Causal que se refiere al plazo contenido en la norma (mínimo y máximo) sobre la gestación, y sobre todo a la concepción, por ende, debe considerarse aquí que la carga probatoria recae en el marido, y éste deberá sustentar por qué no debe ser tenido como padre del nacido, para ello deberá demostrar que en la etapa de la concepción no mantuvo relación íntima con la mujer por: encontrarse fuera, por haber padecido enfermedad, accidente, separación de hecho; la carga probatoria le corresponde puesto que se encuentra vigente la presunción Pater is. Se aplicará un ejemplo para graficar lo mencionado: un padre tiene un hijo que nace el 30 de setiembre del 2001, entonces el marido debería probar que le fue imposible haber podido mantener una relación íntima con su mujer en diciembre del 2000 y enero, febrero y marzo del 2001 que vendría a ser el período de la concepción, que abarca los 121 días a que alude el código.

3. En el caso de separación judicial de los cónyuges según el lapso de tiempo indicado en el numeral 2.

Esta causal hace referencia al artículo 332 del C.C., la cual prescribe la separación judicial suspendiendo la cohabitación; es así que, el marido y su mujer no se encuentran obligados (se debe mencionar que al decir obligación no se hace referencia al derecho al lecho que ya no se encuentra normado, sino a la voluntad consensuada a mantener trato íntimo) a mantener intimidad.

En este supuesto al marido sólo le basta acreditar con la resolución judicial y partida de nacimiento del hijo, lo que servirá para acreditar que cuando se produjo la concepción, él se encontraba separado por resolución judicial de su mujer. En el caso que la mujer alegara que, pese a la separación judicial, mantuvieron relaciones íntimas en el periodo de la concepción, o hubo reconciliación posterior a la separación, es la mujer quien deberá cargar con la prueba para demostrar tales afirmaciones.

La causal en mención se va a extender a supuestos de Separación Provisional en juicios de invalidez del matrimonio, en divorcio o en los casos de separación de cuerpos.

4. Cuando adolezca de impotencia absoluta. -

Este supuesto a nuestro parecer debió ser incluido en el segundo numeral, pese a ello se ha establecido de manera independiente. Esta disposición hace referencia a la imposibilidad de realizar el coito sexual entre los cónyuges. Es entendido también que en el caso de darse este supuesto tener en cuenta de la impotencia esté presente en la época de la concepción.

5. cuando se pueda probar la paternidad tajantemente mediante una prueba genética o científica, o de otra índole que produzca convicción sobre la filiación.

Este supuesto fue incluido por la ley 27048 publicado con fecha 06-01-1999, que hace referencia a que en caso de ser necesario el juez dejará de lado lo dispuesto en los literales anteriores en el caso de haberse realizado una prueba de carácter científico que produzca el mayor grado de convicción sobre la paternidad del niño. Este supuesto abre la posibilidad al marido para poder contestar la paternidad en el caso de no encajar en ningunos de los anteriores supuestos.

Por otra parte, constituye un gran avance al derecho darle importancia al avance científico para determinar situaciones que a todas luces escapa de la presunción jurídica en gran medida.

Plazo para accionar. -

El hacedor de la norma fija su perspectiva en apego de la filiación matrimonial, también para no dejar el estado de incertidumbre por un lapso de tiempo largo. El plazo que se establece sin embargo actualmente resulta violatorio al derecho a conocer a los padres y el derecho a la identidad del menor, sobre ello se explicará más adelante, este plazo de caducidad establecido no se puede suspender. El código civil en su art. 364 dispone que el marido puede interponer la acción contestataria dentro del plazo de 90 días computados a partir del nacimiento, en el caso de que el haya estado presente, caso contrario se computará desde un día después desde que regresó. La norma no formula ninguna excepción; por tanto, este plazo se aplica de manera categórica. Incluso si es que existe una prueba científica que certifique la no paternidad del marido.

La literalidad de la norma expresa un sentido, para muchos estudiosos del derecho, una postura errónea, sin embargo, a pesar de sus detractores hay muchos que también postulan a la misma premisa y con fundamentos validos también. De lo expresado por la norma existe una cuestión a debatir también, como es: la verdad biológica o el estado legal sobre filiación, cuál de ellos debe primar. El fundamento del legislador no parece haber contemplado ello. Parece que quiso proteger la estabilidad familiar y la posición de estado del padre sobre el hijo y viceversa. Ello resulta plausible sin embargo termina por afectando de igual manera el derecho de identidad del menor. El derecho de identidad permite que todo individuo se forme una personalidad a partir de las relaciones familiares y sociales. Entre las familiares están las paterno filiales. Que incluye contacto y vivencias con sus progenitores, a fin de que estos puedan transmitirle las costumbres, valores, tradiciones y características que van a ser determinante en su personalidad. Está también el derecho al nombre, el cual se le viene asignado por los padres, así como el derecho a conocer a sus padres, todo ello forma parte de la identidad personal.

La res de fecha 23-10-2002 bajo el expediente 2857-02, el tribunal establece lo siguiente: en apego del artículo 400 del código civil donde establece el plazo para negar el reconocimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, se verifica que

el plazo ya ha vencido, sin embargo es derecho fundamental el derecho a la identidad y el que tiene toda persona a conocer a sus padres y crecer en un ambiente familiar con ellos, por ello se exhorta a sala que califique la demanda en razón de estos fundamentos a fin de cautelar los derechos fundamentales establecidos en el rango constitucional. Entendiendo que el plazo establecido afecta estos derechos, asimismo se insta para que al calificar proceda en el sentido de computar el plazo desde que se tuvo conocimiento del hecho. Sobre el mismo tema también se han dado otros pronunciamientos que intentan dar una idea más clara de lo que se postula con estos, nueva perspectiva en el derecho de filiación. El expediente 2810-06 de fecha 29-01-2007 establece ... “que si bien por una parte existe un plazo de caducidad que debe tenerse en cuenta fin de entablarse una demanda y que permita una relación procesal válida, ello no se concluye en desestimar otras consideraciones dado la función del juez de familia en los procesos. No solo es pronunciarse por una relación jurídica válida sino evaluar la jerarquía de leyes e interpretar las mismas a fin de que no exista conflictos de derechos que puedan resultar en la vulneración a los derechos fundamentales, más si aquel derecho que está en litigio está protegido por el interés superior del niño que protege derechos humanos, como el derecho a la identidad”. El artículo III del código procesal civil sostiene que el fin del proceso atiene a resolver una incertidumbre jurídica, situación dada en el presente caso, a fin de hacer efectivos los derechos que se discuten en el litigio. Sobre el presente debe tenerse en cuenta además que el código civil de los niños y adolescentes manifiesta que en toda medida que adopte el estado a través del poder judicial (ejecutivo y legislativo) siempre se tendrá en cuenta el principio rector del interés superior del niño y el respeto a sus derechos. Asimismo, la constitución política del Perú establece que entre los derechos fundamentales del menor se encuentran el derecho a la identidad del menor y el de conocer a sus padres.

Sobre el plazo también por su parte, actualmente, el artículo 364 del código civil ha sido inaplicable por resultar inconstitucional, al vulnerar el derecho de identidad de menor que está amparado constitucionalmente como derecho fundamental.

Titulares de la acción. -

En primer lugar, corresponde al marido, en caso de incapacidad o muerte de este la norma estable a otras personas para interponerlo:

El artículo 367 del código civil peruano dispone que los ascendientes o los herederos pueden contestar la paternidad cuando el marido hubiese muerto y aún no finalizara el plazo límite establecido. En caso de que el marido ya hubiese accionado entonces la labor de ellos será seguir el proceso. Por otra parte, el artículo 368 dispone que en caso de incapacidad (la que establece el referido artículo) puede iniciar la acción los ascendientes del marido o si es que la incapaz de este termina entonces dentro del plazo de noventa días puede accionar.

Entonces ya como refieren las normas antes citadas, en caso de que al marido no le fuese posible accionar deben interponerlo las personas descritas en las normas y bajo los supuestos previstos en ellas. El artículo 369 del mismo cuerpo normativo recoge las personas que poseen la condición de demandados y son, la madre y el hijo. Como se sabe la madre es la representante legal del menor en cuanto ella es la que lo representara en proceso. Sin embargo, de haber conflicto de intereses entre estos, al menor lo representará un curador.

## **2.5.- FILIACION EXTRAMATRIMONIAL**

En el caso de la filiación matrimonial podemos afirmar que con respecto del menor se tiene gran certeza de quien es la madre, sin embargo, para la determinación del padre juega un papel importante el sistema jurídico como protector de la institución familiar, dado que recoge mediante la presunción PATER IS que el hijo de mujer casada tiene por padre al marido. Presunción recogida por nuestro código civil. Por otra parte, la filiación extramatrimonial también tiene cierto grado de certeza de quien es la madre, pero sobre el padre no se tiene recogida ninguna figura jurídica que pueda vincular filiatoriamente a alguna persona con el nuevo ser. Es allí donde el reconocimiento

toma importancia toda vez una persona de manera libre y voluntaria manifieste que tiene la paternidad de otra persona, de darse así, la madre tiene el derecho de recurrir a la vía legal a fin de que pueda accionar contra el presunto progenitor a fin de que queda establecida la filiación

### **Reconocimiento. -**

Es el acto jurídico por el cual un individuo declara su paternidad sin que haya existido de por medio algún vínculo matrimonial con la madre.

Sobre el reconocimiento lo que se discute es su naturaleza declarativa o constitutiva de derechos. Por ello, algunos autores manifiestan que es constitutivo de derechos, toda vez que otorga al padre una serie de facultades, derechos y deberes para con su hijo. Sin embargo, ante esta postulación existen posturas discordes que manifiestan que el reconocimiento tiene característica declarativa dado que el padre mediante ese acto jurídico admite o afirma un vínculo ya existente. Manifiestan que el reconocimiento no crea el vínculo sino evidencia la existencia del mismo. Dado que la paternidad de manera natural no se da por el hecho del reconocimiento sino por la procreación. De quien estuvo involucrado en la concepción del ser humano.

(MIZRAHI, 2006) El código civil se manifiesta mediante un artículo normativo sobre la condición de declarativo o constitutivo del reconocimiento, aunque no de forma literal pero en el artículo 395 del cuerpo normativo civil establece la irrevocabilidad del reconocimiento, por tanto, a través de ello se llega a concluir que es declarativo de derechos. Algunos dogmáticos consideran no podría ser constitutivo de derechos dado que daría la opción al titular de revertir la eficacia de su declaración, revocándolo. Sin embargo, la revocabilidad se fundamenta en la estabilidad familiar, en el vínculo que establece y la seguridad jurídica que eso representa. Además, la revocabilidad representa no solo un interés privado o de algunos sino un interés social con jerarquía constitucional.

### **Notas típicas que se dan en el reconocimiento. -**

Son las siguientes:

**Acto unilateral. -**

Se traduce en que el reconocimiento para surta efectos no necesita del acuerdo de voluntades de dos sujetos. La paternidad del hijo extramatrimonial se le atribuye a quien manifiesta serlo y de manera independiente de lo que manifieste la madre.

**Formal.-**

El acto de reconocimiento de paternidad por la importancia de lo que expresa y por los efectos que produce tanto en el padre como en el hijo, reviste ciertas solemnidades o formas que son vinculantes para que se lleve a cabo de manera efectiva, entre ellas: se realiza mediante testamento o escritura pública.

**Facultativo. -**

Sobre esta característica es importante resaltar que el reconocimiento viene a ser un acto cuya manifestación de voluntad en determinado sentido (afirmar sobre la paternidad de una persona) es libre de injerencias externas. Anteriormente en el art 392 se estableció el impedimento de que uno de los padres al momento del reconocimiento diga el nombre del otro, y si ello pasaba lo dicho se tenía por no puesto. Actualmente esta norma no está vigente. Dicho sea de paso, el nombre del presunto padre mencionado por la madre no establece la paternidad por el hecho de mencionarlo u obliga a la persona al reconocimiento. Dado que el reconocimiento obliga a quien de propia voluntad y sin ningún tipo de amenazas lo realiza.

**Personal. -**

El reconocimiento obliga a la persona que lo realiza y por tanto es un acto personalísimo, que solo el que se crea padre de un menor puede realizar tal acto, y no pudiendo hacerse mediante un tercero. El código civil sin embargo solo ha

establecido una excepción, por motivos justificados el reconocimiento podrá hacerlo los abuelos de la línea respectiva, ello puede darse en caso de muerte de los padres o incapacidad de estos (según el supuesto que establece el artículo 389). La norma prevé que cuando los padres no puedan realizar el acto del reconocimiento entonces la norma transfiere ese derecho a los abuelos. Los abuelos adquieren esa facultad de reconocer, así como las obligaciones, los derechos y los efectos que ello produzca.

#### **Individual. -**

Como ya se había mencionado anteriormente, al ser personal el acto de reconocimiento los efectos solo afectan a quien lo realiza. Es por ello que el artículo 388 menciona que puede ser realizado de manera independiente, dado que ya sea de manera conjunta o indistinta cada declaración en tanto vincula a una persona solo afecta a ella. Es por ello también que la mención del otro padre en el sentido de develar el nombre del otro no vincula de manera filiatoria.

#### **Puro. -**

El reconocimiento al igual que el matrimonio es un acto cuya naturaleza sugiere un acto puro que no está sujeto a plazo, condición o cargo (acto jurídico modal)

#### **Irrevocable. -**

La irrevocabilidad del reconocimiento ha sido establecida en el artículo 395° del código civil y de manera clara. Esta característica no permite que la misma persona que realiza el reconocimiento pueda más adelante dejar sin efecto su propia declaración. El sustento de irrevocabilidad se asienta en la seguridad y protección jurídica que se le da a la figura de la filiación, ello agregado a la formalidad que reviste el acto. En el caso del testamento la característica de la irrevocabilidad no es necesaria dado que una vez fallecida la persona no podría revocar el testamento. Sin embargo, pese a que el reconocimiento este contenido en el testamento, este no será conocido hasta después de la muerte del testador y aunque fue hecho en vida por el testador solo tendrá eficacia post mortem y desde ese punto de vista tiene sentido lo señalado por

el autor. Sin embargo, es menester manifestar que el testamento es un acto revocable. Y la revocación por su misma naturaleza siempre se realizará antes de que el testamento, como última voluntad del testador, surta efectos.

Sobre ello no debemos confundir la revocabilidad del testamento con la del acto de reconocimiento filial, el primero si puede ser revocado mientras el segundo no. Por su parte la mayoría de estados de derecho ha establecido la característica de irrevocable del reconocimiento, aunque este se realice mediante testamento. Pese a ello el sistema jurídico Argentino establece en su normativa civil que el reconocimiento mediante testamento tiene la condición de revocable, entonces allí cabría preguntarnos qué tan factible sería ello dado que en el caso del testamento por escritura pública fácilmente podría cumplirse con ello, pero en el caso del testamento cerrado u ológrafo, mientras el primero no se haya abierto (y esto sucede una vez fallecido el testador) no puede conocerse su contenido y el testador puede retirarlo en cualquier momento de la posesión del notario, lo que vendría a ser la revocación del mismo; en el caso del ológrafo mientras esté en manos del testador este puede cambiar lo que dispone. Esa misma disyuntiva podría generarse en nuestro caso al no haber una norma que establezca con precisión si el reconocimiento hecho en un testamento podría generar la irrevocabilidad del mismo. (GACETA JURIDICA, 2007)

### **Sujeto activo del reconocimiento. -**

Actualmente surge la idea de que el acto de reconocimiento filial le corresponde solo al padre debido que en el caso de la progenitora el acto carecería de sentido, toda vez la maternidad quedaría más que certificada por el hecho del parto. Pese a ello, debemos precisar que el reconocimiento se debe dar por parte de ambos progenitores, tanto del padre como de la madre. Con respecto a esto, el art. 421° del CC ha dejado establecido que cuando uno de los dos (padre o madre) ha realizado únicamente el reconocimiento del hijo, este será quien tenga la patria potestad. El artículo 388 menciona que el reconocimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial deberá ser realizado por ambos padres ya sea de manera conjunta o independiente, a su vez también menciona el reconocimiento materno. Al respecto el

artículo 399 le faculta a la madre a negar el reconocimiento cuando ella no ha sido participe del acto.

Entonces el acto de reconocimiento de los hijos importa al padre y la madre de manera personal y sin injerencias externas. Aunque también se prevé la posibilidad de que este fuese realizado por los abuelos en caso de incapacidad o muerte de los padres.

En definitiva podríamos decir que existe en primer orden dos sujetos activos para realizar el acto jurídico del reconocimiento filial de hijo nacido fuera del matrimonio: el padre y la madre (progenitores), por otra parte y en segundo orden están los abuelos a quienes se les otorga ese derecho en imposibilidad de los padres (por las causas que menciona el código civil) y cuyo sustento radica en que se protegen las relaciones familiares y el derecho del menor de vivir en un entorno familiar; y en ausencia de sus padres los que tendrían el vínculo maternal o paternal más cercano a ellos serían los abuelos, dado que están unidos también por vínculos biológicos que reflejan la misma línea del parentesco y trascienden la misma tradición, formación, cultura y de la misma línea familiar. Así mismo no se deja de lado el sentido de pertenecía que hay en toda relación familiar. (MENDEZ COSTA, 1986)

### **Capacidad para reconocer. -**

Esta capacidad no hace referencia a la mayoría de edad que es exigible para realizar los actos jurídicos que producen efectos en nuestra esfera legal, sino básicamente lo que comprende esta capacidad tiene que ver con el discernimiento, aquel juicio que se pueda hacer a partir de lo que está bien o está mal, como entender, comprender lo que sucede en nuestro entorno y poder formarse una idea al respecto, así como distinguir lo que se puede y no se puede hacer dentro de las normas socialmente establecidas. Sobre esta capacidad, en términos normativos, el artículo 393 establece, en pocas palabras, que mientras que una persona pueda discernir y no sufra de deterioro o retardo mental que imposibilite que se puede manifestar de forma normal, además que tenga por los menos 14 años de edad, está en capacidad de reconocer a su hijo. Sobre lo dicho vamos a hacer una salvedad, anteriormente ya habíamos

hablado del testamento, pero ligado al tema en cuestión, podríamos preguntarnos si ¿también resultaría factible el reconocimiento de un menor de edad por testamento?, el art. 687 establece que los menores de edad no pueden otorgar testamento excepto lo previsto en el art. 46. Este último expresa que los mayores de 14 obtienen capacidad de ejercicio desde que sus hijos nacen y únicamente para: 1. poder reconocerlos, bajo esa lógica la respuesta sería que sí podrían otorgar testamento, pero solo para efectos del reconocimiento. Con respecto a otra interrogante, ¿un menor de edad podría otorgar escritura pública para efectos del reconocimiento?, pues la norma establece que si es posible o en todo caso siempre queda la vía del registro civil. (GACETA JURIDICA, 2007)

### **Sujeto pasivo del reconocimiento. -**

El sujeto activo del reconocimiento vendría a ser el hijo que está pendiente de ser reconocido por los padres o por uno de ellos. En algunos sistemas jurídicos todavía existen distinciones entre los hijos, la legislación Chilena solo permite el reconocimiento para aquellos hijos que sus padres no estuvieren bajo el vínculo del matrimonio pero que no tengan obstáculos para casarse. En los sistemas europeos como el Francés por ejemplo, limita el reconocimiento en el caso de hijos nacidos como producto de adulterio o incesto, pero en ciertas situaciones establecidas lo permite. En nuestro ordenamiento jurídico no existe impedimento para el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales; sin embargo, en el tema de los hijos matrimoniales si existen salvedades, dado que el hijo nacido dentro del matrimonio tiene por padre al cónyuge de la mujer, a menos que este conteste la paternidad y se determine que el hijo no es suyo.

Es importante mencionar que el código civil también ampara la posibilidad del reconocimiento del hijo que ha fallecido y ha dejado descendencia. Ello en razón de que pueden existir derechos sucesorios que los descendientes que ser objeto de acciones legales (MENDEZ COSTA, 1986).

### **Formas del reconocimiento. -**

Ya se ha mencionado anteriormente de manera breve sobre que formalidad debe reunir la manifestación de voluntad que determina el reconocimiento del hijo. Así mismo estas formalidades no son elegidas voluntariamente por los que llevan a cabo la declaración, dado que en términos legales el reconocimiento no deja de ser un acto jurídico, y por tanto existen actos jurídicos a los que se les impone una formalidad, es el caso del reconocimiento, y ello debido la trascendencia de la declaración y la seguridad jurídica que se debe brindar a los actos. El reconocimiento se realiza por medio del testamento, escritura pública o también mediante registro civil. En el caso del testamento la norma no menciona el tipo de testamento por lo que se concluye que es cualquier tipo de testamento (ológrafo, cerrado o escritura pública, incluyendo los especiales); en el registro sobre nacimientos puede hacerse inmediatamente después de nacer el hijo o en todo caso posteriormente, la declaración se hará constar en acta que llevará la firma del declarante y del funcionario competente. El código del niño y del adolescente también adiciona otra forma de reconocimiento, cuando en un proceso seguido por la madre en temas de sobre tenencia, alimentos, etc. el padre declare en el sentido que acepta tener la paternidad del menor, se dejará asentado en acta lo manifestado y podrá tener carácter de reconocimiento filial, el cual se remitirá copia de los partes al registro pertinente. (GACETA JURIDICA, 2007)

### **Efectos del reconocimiento. -**

En cuanto a los efectos que se establecen para el reconocimiento, mediante este se constituye el vínculo paterno y materno filial con el hijo, y al quedar establecido el vínculo da lugar a los derechos, obligaciones y demás efectos legales que derivan de esa relación. Como son: el derecho sucesorio, patria potestad, representación legal y el derecho a percibir pensión alimenticia, etc. (GACETA JURIDICA, 2007)

### **Invalidez del reconocimiento. -**

En la dogmática jurídica, el autor (MENDEZ COSTA, 1986) manifiesta que el reconocimiento podría invalidarse mediante la contestación de paternidad, la nulidad

y el acto revocatorio, el acto revocatorio, no es otra cosa que la revocación y consiste en que mediante una declaración posterior se retracta de lo que ha manifestado primigeniamente dejándolo sin efecto, es importante señalar que sobre esta figura no podría ser posible en nuestro sistema jurídico, dado que el código civil establece en su art. 395 la irrevocabilidad del reconocimiento filial. La contestación de paternidad consiste en el que ha sido establecido legalmente como padre de un menor si considera la falsedad del vínculo filial puede negarlo judicialmente, aquí tendrá que probar la inexistencia del vínculo, actualmente se recurre a la prueba del ADN. Por ultimo en el caso de la nulidad puede darse en el supuesto de que el acto de reconocimiento no reúna los requisitos jurídicos que se establecen para su celebración y posterior eficacia, como: forma o capacidad, etc.

En el caso de la impugnación del reconocimiento el código civil establece que este puede ser negado por el padre que considera que no ha participado en el, incluso puede impugnar el hijo o quienes tengan interés en ello. Sin embargo, otra vía como ya hemos dicho es la nulidad, dado que al no ser partícipe de ello quiere decir que no ha existido manifestación de voluntad por su parte para celebrarlo, o cuando ha sido intimidado, o como consecuencia de fraude engaño. Dado que en el reconocimiento como en la presunción Pater is puede existir el engaño por parte de la madre hacia el presunto padre, y éstos, aunque de distinta manera pueden accionar. El primero mediante la contestación de paternidad y el segundo al haber intervenido en el reconocimiento no le sería posible impugnarlo, pero le queda la nulidad. Sin embargo, los familiares de aquel que reconoció no están impedidos para impugnar el reconocimiento, lo que se traduce en otra alternativa legal. (GACETA JURIDICA, 2007)**Impugnación y nulidad del reconocimiento**

(MENDEZ COSTA, 1986) Manifiesta que el reconocimiento que realicen los padres con respecto de los hijos extramatrimoniales puede impugnarse incluso por los propios descendientes de estos (de quien reconoció).

Lejos de las diferentes controversias que se originan entorno a la figura del reconocimiento. La norma es tajante en cuanto a brindarle la posibilidad al que

reconoce de impugnar su propia declaración. Ello podría ser bastante discutible en la doctrina actual, dado que existe la posibilidad que comprobar la no paternidad de este mediante prueba científica, sin embargo, también hemos manifestado que pueden existir otras vías.

Por otra parte, la norma prevé la posibilidad de que aquellas personas que sustenten tener interés legítimo pueden también impugnar. Ello pone de manifiesto que es extensa la lista de personas que pudieran iniciar la acción en tanto la norma no especifica las personas en quien recae la alternativa, sino que generaliza y precisa que procederá siempre y cuando exista legítimo interés de su parte.

En definitiva, algunos autores manifiestan que cuando la norma menciona que pueden impugnar aquellas personas que tengan legítimo interés, también prevé la posibilidad del que el reconociente pueda impugnar su propio reconocimiento.

Sin embargo, otros autores sustentan que esa idea no es posible, dado que aceptar el supuesto de que el reconociente puede impugnar su propio reconocimiento va en contra de la teoría de los actos propios. Así mismo quitaría legitimidad a la figura jurídica de la irrevocabilidad del reconocimiento.

Entonces partiendo de las dos posturas, puede establecerse una disputa entre posiciones doctrinarias, que por una parte existe una posición que defiende que el reconocimiento no puede ser impugnado por quien realiza la declaración y la otra posición que defiende que en razón del derecho de identidad y la verdad biológica de la paternidad debe de prevalecer la idea de que quien reconoce debe tener la posibilidad de revertir su declaración solo cuando sea justificada.

Muchos postulan en equivocar la figura de la nulidad con el de la impugnación, mencionándolos de forma indistinta y como si su contenido fuese el mismo. Sin embargo, es necesario aclarar sobre ello que en la nulidad se alega la presencia de vicios en el acto jurídico al momento de su celebración. En tanto que la impugnación se opone al contenido de acto, es decir no reconoce que el presupuesto en el que

asienta el derecho o la figura, y que ella se cumpla en su persona, específicamente en el reconocimiento niega el nexo biológico con el hijo.

En cuanto en la persona del mismo reconociente la diferenciación de las figuras de impugnación y nulidad tendría sentido dado que en un caso dado este podría entablar la acción de nulidad sobre el reconocimiento realizado sin embargo esa misma posibilidad le podría ser negada en el caso de la impugnación del reconocimiento, si es que el intervino en el, tal y como señala la ley.

La idea de que eventualmente exista confusión en ambas figuras jurídicas, es completamente normal, dado que no hay motivos de su distinción, toda vez al final se busca conseguir lo mismo, y esto es, invalidar el reconocimiento. Sin embargo, por razones expuestas anteriormente a este párrafo no estamos de acuerdo con esta postulación.

Existe sin embargo cierta parte de la doctrina e incluso de la jurisprudencia que defiende una postura, a todas luces, algo interesante pero que sigue siendo pasible de cuestionamientos, esto va en el mismo sentido de lo que sostiene BORDA: en el caso de que el reconociente impugne su propio reconocimiento disfraza en realidad una acción de nulidad sobre filiación extramatrimonial, por tanto, debería encausarse la acción a fin de que sea estimada como nulidad. Mi postura sobre ello es simple si lo que se quiere es la nulidad que se interponga la nulidad, pero no se puede dar a una figura jurídica el revestimiento y el fin de otra, independientemente del animus del accionante. Dado que si el animus es el de la nulidad el trato de la acción es un proceso por nulidad y lo que se ataca son los vicios del mismo.

Sin embargo, la postura mayoritaria siempre será en defender el carácter irrevocable del reconocimiento, por tanto, no existe la posibilidad de quien reconoce a impugnar su propia declaración. Pero siempre está la posibilidad latente de la acción para atacar los vicios a través de la nulidad.

El carácter irrevocable del acto jurídico del reconocimiento no impide de ninguna manera la acción de nulidad. Este argumento deja de manifiesto que el autor lo que

verdad expresa es que no es posible la impugnación para el reconocente pero si la nulidad.

Entonces la conclusión a la que se arriba sería que, ante la imposibilidad del reconocente de cuestionar mediante la impugnación del reconocimiento, cabría la alternativa de cuestionar como acto jurídico eficaz mediante la nulidad.

En cuantos a sus efectos en caso de darse la anulación del reconocimiento ello no podría impedir que nuevamente se vuelva a celebrar el acto jurídico en los términos legales que corresponden, dicho en otras palabras, el padre podría volver a reconocer al hijo. En cambio, no sucede lo mismo en la impugnación, dado que en un proceso judicial de impugnación por reconocimiento la sentencia firme con calidad de cosa juzgada impide un nuevo pronunciamiento, además de ello queda sentada y probada la paternidad o no del padre con respecto al hijo

Ya se ha expuesto puntos de vista diversos, en los que se discuten posturas sobre la factibilidad de la revocación o también sobre la impugnación del reconocimiento por parte del reconocente, así como la diferencia o la similitud que puede haber entre la acción judicial de nulidad con de la impugnación. Se ha manifestado sobre qué es lo que proponen estas acciones en el tema de filiación, así como cuales podrían ser sus posibles efectos en el hipotético caso de un pronunciamiento. Tenemos que tener en cuenta que nuestro código civil ampara muy bien los derecho de filiación del menor, la paternidad y maternidad de los progenitores, pese a ello, en derecho de familia la dogmática aún sigue evolucionando, actualmente los derechos del menor han tenido una gran impacto con la ratificación de la convención sobre los derechos del niño, es por ello que normas como la caducidad del plazo para contestar la paternidad o impugnar el reconocimiento han sido declaradas inconstitucionales por los derechos que vulnera. A todo ello la doctrina en filiación sigue siendo amplia y evolutiva, en la que hay cuestiones por mejor y reconocer en nuestro derecho como aporte a nuestra realidad cambiante.

Para terminar sobre este tema es preciso mencionar también que casi al finalizar de este capítulo se mostrará casuística en la que se exponen los puntos de vista de los tribunales sobre el tema de la impugnación y el reconocimiento, así como de la inconstitucionalidad del plazo cuyo objetivo es dar sustento mediante el análisis al tema de fondo del presente trabajo: si de verdad los derechos de los menores están amparados de forma íntegra por nuestros tribunales en los procesos de filiación, o se requiere que los operadores del derecho hagamos funcionar de mejor manera normas que a toda vista parecen que estuvieran únicamente transcritas y sin sentido dinámico, dinamismo que muchas veces quiere la protección del derecho. (GACETA JURIDICA, 2007)

### **Plazo para impugnar. -**

En la normatividad sobre derecho de familia, como se ha podido notar los plazos están establecidos para resguardar el derecho de los menores. Es por ello que cuando se pretende proteger sus derechos o intereses el plazo suele ser más extenso, en comparación de otros que resultan ser cortos. Es por ello que el artículo 400 del código civil establece 90 días para impugnar el reconocimiento y se computa desde que conoce el acto, de igual manera se establece el mismo plazo para la acción contestatoria de paternidad del hijo matrimonial (art. 364°), computado desde un día después del parto o desde que regresa, en el primer caso sí estuvo en el momento del nacimiento y en el segundo caso sino estuvo.

Ya teniendo en cuenta lo que establece el código civil sobre los plazos mencionados, precisaremos que actualmente se ha determinado la INCONSTITUCIONALIDAD del plazo de caducidad establecido en los artículos mencionados, debido que su aplicación vulnera el derecho de identidad del menor y por tanto a conocer a sus progenitores y tener una familia, derecho reconocido constitucionalmente, por ende al contravenir una disposición expresa de rango constitucional se declaró su inaplicación. (GACETA JURIDICA, 2007)

## 2.6.- FILIACIÓN SOCIO-AFECTIVA

Es cierto que la filiación incluye temas importantes como el de la paternidad, la maternidad, el nexo biológico y el fundamento jurídico sobre los mismos. Sin embargo, siendo un tema que ha evolucionado bastante en los últimos años en derecho de familia, su extensión no se limita allí y por ende abarca otros temas, como la filiación socio-afectiva.

En el presente trabajo hasta el momento se ha hecho bastante mención al vínculo biológico presente siempre en las relaciones paterno y materno filiales, sin embargo, la filiación socio-afectiva postula otro argumento y lo mencionare a continuación. La ciencia psicológica actualmente ha dedicado su estudio a un tema que incluye la paternidad y la filiación en el sentido de que la relación entre padres e hijos, fuera del vínculo biológico presente, siempre se ha fundado en primer lugar en los lazos afectivos, proteccionistas, y de pertenecía a un grupo determinado en la sociedad, y que de allí se derivan el resto de situaciones, derechos y obligaciones que se manifiestan en la relación paterno filial. El mismo sistema jurídico ha reconocido la naturaleza extrajurídica de este tipo de relaciones. Mucho se ha escuchado la expresión: padre es aquel que quiere, educa, protege y se comporta como tal, no quien tiene tu misma distinción biológica. Sin embargo, pese a ello, esta idea no se dejaría de contradecir lo que establece en gran medida nuestro sistema jurídico. El derecho a la verdad biológica no solo te permite reconocer a tus progenitores sino establecer jurídicamente la filiación. Sin embargo lo que propone la filiación psico afectiva no es como se piensa: eliminar la idea de paternidad o maternidad biológica sino aceptar la idea de que el vínculo biológico no siempre es determinante en la filiación, y con ello no solo nos remitimos al tema de la adopción (figura jurídica recogida en el código civil), sino de manera genérica a todos los casos de filiación, dado que la filiación de por si tiene una característica biológica que jurídicamente es determinante pero que pasa si fuese más determinante la característica psico afectiva?. Es una pregunta que en contravención de lo que se piensa, muchos nos hemos preguntado alguna vez.

Para poder hablar de paternidad no hace falta citar el contacto sexual, concepción y posterior parto. Así como filiación no es solamente herencia biológica que se trasmite de una persona a otra. Tal vez el ámbito jurídico reconozca que esto no es el límite de la paternidad y la filiación, pero su postulado normativo no demuestra otra cosa, dado que después de la figura de la adopción reconocida en última instancia.

Algunos autores afirman que el origen y fuente principal de la paternidad es el carácter biológico, aunque ello no deje ser cierto y que de ninguna manera, como lo hemos mencionado, queremos desmerecer el carácter biológico del parentesco ni de la filiación, sin embargo, tanto el derecho como la psicología se rigen por conductas sociales, bajo ese enfoque es posible determinar que existen realidades que no siempre se condicen a lo la norma ha dado por asentado, dado que nuestra sociedad evolutiva a adoptado muchas formas de convivencia en la que actualmente el rol paternal no siempre recae sobre el progenitor. Aceptar el régimen de la filiación legal es una cosa, pero desmerecer la filiación psicoactiva como la nueva determinación de la paternidad es negar una realidad que entre argumentos ha ganado bastantes adeptos.

La filiación psico afectiva comprende el vínculo afectivo, moral, proteccionistas, etc., que debe desempeñar el padre como tal y que en nuestra sociedad se da de manera muy frecuente dado que las familias actualmente no siempre llegan a constituirse como de un tipo nuclear, sino más bien son muy frecuentes las monoparentales que muchas veces son el origen de las actuales familias ensambladas, en las que el rol del padre lo llega a tener la nueva pareja de la madre y que muchas veces llega a tener un lazo afectivo y de convivencia sana que trasciende en la identidad personal del menor.

También citando situaciones, se da con frecuencia que el menor que no había sido reconocido por su padre biológico y si por un tercero que actúa como padre, entonces es algunos años es reconocido por la pareja de su madre. Desoques de algún tiempo el padre impugna el reconocimiento. En ese orden de ideas, y bajo esa hipótesis, la decisión de resolver judicialmente la filiación al padre biológico, ¿afecta la identidad

del menor? Caso parecido también se da con el hijo matrimonial que bajo una apariencia jurídica tiene por padre al marido cuando el padre biológico vendría a ser otro. Es allí donde postulamos nuestra idea central.

La verificación de los nexos filiales ya no solo se encuentra en la determinación jurídica como resultado de la protección de un vínculo biológico. Es menester que debamos hurgar también en su extensión afectiva, existencial e incluso social. La realidad biológica como sustento de la filiación no necesariamente quiere decir que sea una idea correcta. La certeza consanguínea del padre con respecto de un menor, no resulta motivación suficiente para la filiación. En tal caso, no cuando en la vida del menor se ha instaurado una relación paterno filial con una persona distinta, que dentro de la sociedad y en la medida de lo posible asume el rol del padre de manera idónea para el desarrollo integral del menor y la satisfacción de sus derechos. Tanto la paternidad como el estado de hijo no se imponen en la medida que un pronunciamiento mencione esa condición o estatus, sino se logra a través del tiempo o de las relaciones que se forjan. Muchos menores tienen por padre al progenitor de manera efectiva, pero muchos otros solo “en papeles”. El autor GERARD CORNU expresa que la realidad biológica no siempre impera de manera absoluta en la filiación, toda vez que sería lo mismo que cegarse ante la contundente realidad social, específicamente la realidad de muchos grupos familiares formados. En esencia, esta nueva filiación propuesta nace, como lo hemos mencionado, muchas veces del concepto afectivo, de la confianza mutua, del respeto y de toda la protección y formación que está dispuesto a brindarle el padre psico afectivo al menor, a su vez que este último está presto a recibir.

Otra propuesta que incorpora el tema de la filiación psico afectiva al tratamiento jurídico que se le da a la filiación es, que como ya se ha mencionado, que dada las situaciones que involucran al menor en un proceso de filiación, y estas relaciones están más determinadas por componentes sociológicos y psicológicos entonces, y a fin de que en la medida de lo posible no se afecte esta relación psico afectiva: existan profesionales o funcionarios que dentro del ejercicio de sus funciones y como medidas

alternativas o complementarias puedan fijar herramientas integradoras, orientadoras, o terapias, etc., que logren proteger el aspecto afectivo logrado y forjado por otra persona en la identidad del menor. Claro que hacemos la salvedad de que lo mencionado en este tema no vendría a consolidarse como una regla que impere para todos los casos, lo mismo que se busca para la verdad biológica, pero sí que dependiendo de las circunstancias que rodean al caso y del criterio del juzgador, se arribe a una decisión y medida justa para la protección de sus derechos. En conclusión, existe una tendencia ética en la filiación psico afectiva, que quiere posicionarse de manera progresiva por encima de la verdad biológica. Con argumentos en contra o a favor muchos dogmáticos o estudiosos tendrán que reconocer que mucho de lo que se expone tiene sustento válido para recogerlo por lo menos como parte de las medidas judiciales que se adopten en los procesos de filiación que resulten en cambio de paternidad que afecte el derecho de identidad del menor (identidad dinámica.) (LARUMBE CANALEJO, 2002)

## **2.7.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

### **2.7..1.- NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD (CAS 4307-2007-LORETO)**

La sala civil permanente de la corte suprema de justicia; emite la presente sentencia.

#### **Fundamentos por los cuales se ha declarado procedente el recurso:**

A través de la sentencia con fecha 05-05-2008, que fue rectificada por el auto de fecha 09-06-2008 se ha manifestado lo siguiente: se declara procedente el recurso de casación en razón de los cargos imputados a continuación:

La incorrecta aplicación del art. 219 del código civil (referida a las causales de nulidad del acto jurídico), específicamente el inciso 3. El juez pese haber advertido un conflicto con el derecho constitucional de identidad hace el control difuso del art. 395 del mismo cuerpo normativo y falla resolviendo por la nulidad del reconocimiento filial. En el

recurso se alega que la resolución emitida en segunda instancia que declara la nulidad debió aplicar el art. 395 mencionado, en correspondencia con el derecho de identidad recogido por la constitución en su art. 2.

La recurrida vulnera el principio de congruencia procesal, toda vez en el escrito postulatorio de la parte demandante no existe pedido al órgano judicial sobre la determinación del progenitor; sin embargo, esa instancia resolvió que el conocimiento de la identidad biológica es un derecho, cuando lo que se pidió fue la nulidad del reconocimiento, es así como en segunda instancia se falla en favor de un petitorio inexistente.

La instancia mencionada anteriormente ha exigido del proceso un cauce erróneo, en la medida que impone al menor hacer valer su derecho de conocer sus orígenes biológicos, estableciendo de esa manera una resolución judicial extra petita.

**Considerando:**

Los fundamentos de hecho que sirven de sustento a lo pedido en el escrito postulatorio interpuesto por la parte demandante versan sobre lo siguiente:

La demandada le manifestó con certeza que en él recaía la paternidad biológica del menor, producto de una relación sentimental de pareja que habían mantenido tiempo atrás, sin embargo pese a que sus relaciones íntimas eran muy escasas, el considero la posibilidad de que el menor pueda ser hijo suyo, siendo así que mediante el acto jurídico de reconocimiento de fecha 27-11-2001 declaró su paternidad con respecto al menor ante la Municipalidad distrital de Puchana, para posteriormente hacerse cargo de su manutención. Después de algún tiempo (meses) surgieron sospechas sobre la filiación del menor, toda vez que acrecentaban rumores de amistades y familiares cercanos, lo que lo conllevó a tomar la decisión de someterse a una prueba de ADN junto con el menor, a fin de determinar su vínculo biológico. La prueba científica de ADN arribó a la conclusión de que no existía paternidad, en otras palabras, la inexistencia de la relación paterno filial entre ambos. Pese a las conclusiones de la primera prueba, insistió en volvérselas a realizar, y con fecha 02-01-2003 se sometió

él, la demandada y el menor a la prueba, concluyendo esta nuevamente en la inexistencia del vínculo paterno filial.

La resolución de segunda instancia confirmó la emitida en primera instancia, en tanto esta última declaró la nulidad del reconocimiento filial hecho por el reconocente, además de la nulidad de la inscripción realizada ante la municipalidad, en cuanto a este extremo hay conexión entre lo que se pide y se resuelve. Siendo entonces que no se ampara lo mencionado en el recurso, sobre la vulneración al derecho de congruencia procesal toda vez no ha habido resolución con declaración extra petita.

La resolución de segunda instancia determina la siguiente fórmula para la aplicación del artículo 219- 3 del código civil en el presente caso: toda vez que mediante las pruebas científicas de ADN realizadas entre el menor y el demandante se concluye la inexistencia de la paternidad por parte de este último, en razón de ello, al no ser este el padre del menor entonces el acto de reconocimiento constituye un imposible jurídico. Entre otros de sus argumentos determina que la irrevocabilidad del reconocimiento de hijo extramatrimonial establecido en el art. 395 del código civil, no sería de aplicación, dado que vulnera el derecho a la identidad biológica reconocida en la constitución (en razón del control difuso).

La revocación es un acto mediante el cual el otorgante o declarante SE RETRACTA de un acto anterior dejándolo sin efecto, específicamente es la figura que contiene el art 395 del CC para el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, supuesto normativo distinto a la figura jurídica que está contemplado en el artículo 219, mencionado anteriormente, sobre causales de nulidad de acto jurídico. Por tanto, la formula realizada en instancia de vista para argumentar la nulidad del reconocimiento no es incongruente con la irrevocabilidad aludida por el recurrente, debido que son figuras independientes, cuyo contenido a efectos del presente caso, que no se contraponen.

Desde el momento en que el artículo 402 del CC fue instaurado para cumplir con lo dispuesto por la ley 28457, dio un giro evolutivo a la afiliación en general, dado que la prueba científica no solo entra a tallar en la filiación extramatrimonial sino también en

la matrimonial en casos de negación de paternidad por parte del marido, constituyéndose en prueba fundamental, toda vez que su certeza científica para arribar a la convicción sobre la paternidad la ha colocado por encima de lo declarado por las partes. En ese sentido dejó de lado el antiguo adagio recogido por el sistema legal: de que el padre tiene certidumbre total sobre su descendencia.

Por tanto, de los argumentos expuestos anteriormente se determina que el fallo dado por la instancia de vista en aplicación del art. 219. 3 es adecuado al caso, toda vez que el reconocimiento por parte del demandante constituye en un imposible jurídico toda vez que no es padre biológico del menor (comprobado mediante prueba de ADN), en ese sentido es de proceder la nulidad del acto jurídico por imposibilidad jurídica del objeto.

**Decisión:**

De acuerdo con las consideraciones vertidas en el presente pronunciamiento:

Se declara INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el recurrente, ASEÑORA Doris Arévalo Coral, por tanto, se determina NO CASAR el fallo emitido en segunda instancia de fecha 01-06-2007

**Comentarios:**

Esta confusión entre irrevocabilidad e invalidez puede observarse incluso en este caso en el que el ad quem apelando al “control difuso” decide inaplicar el artículo 395 del Código Civil, prefiriendo la norma constitucional que protege el derecho a la identidad del menor (artículo 2, inciso 1 de la Constitución): todo ello para confirmar la sentencia del A quo que declaró la nulidad del acto de reconocimiento. Sin embargo, como bien resaltó la suprema todo este ejercicio interpretativo era necesario pues la irrevocabilidad es una cosa distinta a la invalidez.

En efecto, el primer instituto constituye un imperativo legal para impedir que una declaración de voluntad pueda quedar sin efectos por un acto unilateral y arbitrario del que lo expidió. Por el contrario, la invalidez de un acto jurídico es una sanción (que

pueda expresarse en la nulidad o la anulabilidad) que el ordenamiento jurídico establece sobre un acto cuyos elementos de validez se encuentran viciados. En dicho contexto, es totalmente posible alegar la invalidez de un acto jurídico que es irrevocable.

En efecto, en muchos casos de reconocimiento de filiación extramatrimonial (como el que es materia de análisis) la persona que reconoce lo hace en error o bajo engaño, y luego mediante la prueba de ADN se descubre que no era el verdadero progenitor. Alegar que en estos casos no puede demandarse la nulidad del acto resulta un despropósito para con los principios mismos del ordenamiento jurídico.

Cabe señalar; sin embargo, que en este caso hay un grave error en relación con el análisis de las causales de nulidad de acto jurídico. El demandante alega la nulidad por objeto física y jurídicamente imposible (artículo 140 inc. 2) y así lo reconoce el a quo. Sin embargo, el Ad quem y la corte suprema citan el artículo 140 inciso 3 (fin ilícito) pero fundamentando su decisión señalando la “imposibilidad del reconocimiento”. En realidad, en este caso no nos encontramos ante un supuesto de objeto física y jurídicamente imposible. Esta causal de nulidad de acto jurídico se refiere a que determinada situación no está prevista por el ordenamiento jurídico, es irrelevante para aquel. Por el contrario, reconocer un hijo extramatrimonial no siendo el progenitor está totalmente permitido por el ordenamiento jurídico. La causal “fin ilícito” parecería ser mejor que la de objeto físicamente y jurídicamente imposible, pero tampoco es la más idónea. Para que se configure dicha causal la causa o finalidad del acto jurídico (reconocimiento) debe estar encaminada a vulnerar el ordenamiento jurídico.

En este caso, más que el reconocimiento en si (cuya finalidad es establecer una relación de filiación), la situación que vulnera el ordenamiento jurídico es el engaño que sufre el demandante y que lo dirige a reconocer un hijo que no es suyo en creencia que sí lo es.

En ese sentido, al parecer lo más indicado hubiese sido alegar la anulabilidad por dolo del acto de reconocimiento y pretender su anulación. No obstante, si esta no se demandó el juez en su sentencia no podía modificar el petitorio de anulabilidad a nulidad, pues vulneraría el principio de congruencia procesal. (HINOSTROZA MINGUEZ, 2010)

**2.7.2.- EL EXP. 860-2002 LIMA, EN LA QUE SE EMITE EL CRITERIO DE LA PRIMACÍA DE LA VERDAD BIOLÓGICA SOBRE LOS PLAZOS FORMALES DE LA LEY (GACETA JURIDICA, 2007)**

El artículo 361° del CC dispone en su enunciado normativo que en el caso de los hijos matrimoniales prima la presunción que se considera que tienen por padre al cónyuge. Siendo suficiente para la inscripción del nacimiento que recurra al registro correspondiente con el acta de matrimonio y manifieste que la paternidad del menor lo tiene el marido.

Sin embargo, se dan situaciones también en que el menor no es hijo del cónyuge, pero estos son inducidos al error por parte de la esposa para que se lleve a cabo y de manera efectiva el reconocimiento.

Al respecto el código civil dispone que ante estos supuestos existe la figura de la impugnación y la negación de la paternidad. Mediante la interposición de estas acciones se puede entablar un proceso para dejar sin efecto la paternidad. El accionante para interponer cualquiera de estas acciones deberá hacerlo dentro del plazo de 90 días.

Actualmente con el desarrollo científico, se puede determinar la certeza sobre la paternidad de una persona, específicamente con la prueba del ADN, el sistema jurídico no lejano a esta realidad ha incorporado en su normatividad este nuevo elemento en materia de filiación mediante la ley 27048 de fecha 06-01-1999 y 28457, viabilizando la posibilidad que todo niño involucrado en un proceso de filiación tenga

la convicción de estar siendo reconocido por su verdadero padre. En otras palabras, el sistema jurídico está creando mejores condiciones a fin de que se proteja al menor en su derecho de conocer sus padres biológicos y que pueda entablar una relación paterno afectiva con él.

La convención de los derechos del niño ha establecido en sus artículos 7 al 8 que los menores tienen el derecho de entablar relaciones con su familia, de saber cuál es su verdadera identidad y de tener los apellidos de sus progenitores.

Los tratados ratificados por el Perú en la medida que constituyen derechos fundamentales tienen jerarquía constitucional, es por ello que los derechos regidos en la convención de los derechos del niño tienen ese rango, en concordancia con el art. IX del código de los niños y adolescentes que prima el interés superior del niño y la protección de sus derechos. Referente al aspecto que nos concierne sobre el tema en discusión, la convención reconoce el derecho del menor de saber su origen biológico que se traduce en el conocimiento de quienes son sus padres y relacionarse con ellos.

En ese orden de ideas, la interpretación glosada nos permite tener más claro la aplicación de las normas en materia de filiación y el sentido de las mismas, entonces el plazo que establece el código civil para poder impugnar o negar la paternidad constituye un impedimento para alcanzar el fin que contiene la convención con respecto del derecho de identidad, toda vez que vulnera expresamente lo recogido en ella, por tanto, no se cumple con proteger el interés superior del niño.

A partir del año 2002 existe una tendencia dogmática con respecto de los fallos emitidos por la sala especializada en derecho de familia de Lima, en el sentido que se protege la verdad biológica en menoscabo de los plazos establecidos en el código civil para poder contestar o impugnar la paternidad, tema que además al ser elevada en consulta a la sala suprema de derecho constitucional y social se aprobó la decisión arribada. El plazo de 90 días no consiste más en un impedimento para conocer el vínculo biológico del menor.

En definitiva, todo menor no debe de estar apartado de la realidad con respecto de saber quiénes fueron sus progenitores, mucho menos que el acceso a esa verdad constituya un obstáculo para poder convivir con ellos y tener una familia que le brinde seguridad e identificación. Bajo esta perspectiva las decisiones adoptadas por los jueces anteriormente están siendo desfasadas por la consolidación de este nuevo criterio cuyo fin es proteger el derecho del menor y sus intereses.

### **2.7.3.- IMPUGNACION DE PATERNIDAD**

(CASACIÓN 2726-2012) – DEL SANTA

**LA CORTE ESTABLECIÓ QUE EL DERECHO DE FILIACIÓN SOBRE UN MENOR LO TENÍA UNA PERSONA DIFERENTE AL MARIDO DE LA MADRE, INCLUSIVE A PESAR DE QUE EL MARIDO NO HAYA NEGADO EN NINGÚN MOMENTO LA PATERNIDAD DEL MENOR. COMO RESULTADO DE ESTO DECLARÓ LA INAPLICACIÓN DE LOS ART. 396 Y 404 DE CC EN UN PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD SEGUIDO POR QUIEN SE CONSIDERA PROGENITOR. DE ESTE MODO SE AMPARA EL DERECHO DE IDENTIDAD TENIENDO COMO BASE AL PRINCIPIO RECTOR DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.**

El código civil establece la presunción PATER IS, mediante el cual el niño nacido dentro de un matrimonio tendrá por padre al cónyuge, concordante con el artículo 396 que establece que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido a menos que el esposo hubiese contestado la paternidad y el fallo fuese a su favor. El art. 404 dispone que no se podrá accionar a fin de que se declare judicialmente la filiación con respecto de hijo de mujer casada que tenga por padre al marido y este no haya contestado la paternidad.

Sin embargo, a pesar de ello la sala de la corte suprema mediante casación (N° 2726-2012 DEL SANTA) se estableció que por sobre lo dispuesto en los articulo antes

mencionados, se encuentra en disputa el derecho de identidad del menor y que para determinar la resolución sobre el caso se debe considerar el principio del interés superior del niño.

### **Derecho a la identidad del menor prevalece sobre la presunción de paternidad**

Se mencionó que sobre la presunción PATER IS establecida para los hijos matrimoniales que si bien es cierto es una norma imperante, no tiene carácter absoluto toda vez que se admite prueba en contrario. Por ello el supuesto establecido en el artículo 396 sobre que el marido debe contestar la paternidad antes de que el padre biológico pueda accionar su declaración filial constituye una limitación que afecta al progenitor y vulnera el derecho de identidad del menor contenido en la constitución como fundamental.

Entonces teniendo en cuenta estas consideraciones de DECLARA FUNDADO EL RECURSO DE CASACIÓN, por tanto, se declaró asimismo la NULIDAD del auto de segunda instancia. Y se CONFIRMA el fallo de primera instancia que estimo la impugnación de paternidad accionada por el progenitor en contra de los padres legales de la menor.

### **El caso concreto**

El progenitor de una niña accionó con la impugnación de paternidad contra los padres legales de esta, probando su paternidad mediante la prueba de ADN y argumentando que el no pudo reconocerla anteriormente dado que la menor nació dentro del matrimonio de los demandantes, razón por la cual estos valiéndose de la presunción PATER IS la inscribieron como hija matrimonial.

En primera instancia se fundó la demanda, pero mediante resolución de vista se resolvió por la improcedencia argumentando que el progenitor carece de interés para obrar en impugnación de reconocimiento de paternidad.

**CAPITULO III**  
**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

### **3.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

Actualmente se manejan cifras e información que develan el déficit de protección o respeto a los derechos humanos, y si mencionamos los derechos humanos de los niños este déficit tiene aún mayor incidencia. Sin embargo, no podemos negar que sobre esta cuestión existen quienes actúan en defensa de ello y con ese objetivo han realizado un esmerado esfuerzo por hacer cumplir las obligaciones por parte de los estados, tendientes a resguardar, divulgar y efectivizar los derechos de los menores. Para recordar sobre esto, haré referencia a un pacto obtenido por los ESTADOS que participaron en la DECLARACIÓN Y PROGRAMA DE ACCIÓN DE VIENA (en el año 1993), mediante el cual remarcaron la relevancia de que se incrementaran las acciones, dentro y fuera de los países, destinados a proteger, respaldar y acatar los derechos del niño, sobre todo los tienen que ver con una vida digna, defensa de su integridad, el progreso personal y la participación en la vida cotidiana. (DUTTO, 2002)

Si nos remitimos a la historia de los derechos humanos, afirmamos que la primera disposición que reconoció los derechos de los menores fue LA DECLARACIÓN DE GINEBRA (aprobada el 26/12/1924), luego mediante asamblea general de la naciones unidas de fecha 10/12/1948 se originó la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HUMANOS, el cual lógicamente incluía los derechos de los menores como sujetos pasibles de resguardo jurídico internacional, sin embargo la norma en mención contenía una protección genérica sobre sus derechos, no reconocía al niño como sujeto de protección especial, por ello, para un completo y directo resguardo de sus derechos e intereses la asamblea general de la ONU estableció LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. La declaración de los derechos del niño contenía muchos aspectos importantes para la salvaguarda del menor, sin embargo, para que este instrumento fuese vinculante en el derecho interno de los estados, se consolidó a través de la CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la que cobró vigencia el 02/09/1990 y fue aprobado por la asamblea general de la ONU. A partir de ese entonces todos los niños de los estados que ratificaron la

convención cuentan con la protección integral de todos sus derechos de manera eficaz.

La convención de los derechos del niño es un instrumento internacional que cuenta actualmente con el mayor número de estados ratificantes, estados como: EE.UU y Somalia. Con ello denota el nivel de aprobación de las disposiciones que contiene, así como del reconocimiento que goza en el sistema jurídico internacional. Entonces es claro que estamos ante una convención cuyo contenido vendría a ser el objetivo de muchas naciones y que con ello estarían un paso a adelante a reforzar y desarrollar su normatividad en cuanto a los derechos de los menores se refiere. (BAHEZA CONCHA, 2001)

Efectivamente, este suceso permite que corroboremos la particularidad de derecho CONSUETUDINARIO que tiene la convención. Un ejemplo preciso para demostrar la ratificación de la convención por parte de muchos estados, es que previo a su aprobación muchas de estas naciones e incluso comunidades, poblaciones e individuos ya habían reconocido y aceptado sus disposiciones. Ahora si mencionamos a la convención como norma protectora de derechos e intereses de los menores no debemos dejar de lado que junto a ella se originó el concepto del interés superior del niño, cuya esencia es ser una directriz que delimita el ámbito de protección e interpretación de los derechos que la convención reconoce.

Siendo el niño un sujeto de derechos por naturaleza, la convención no hace más que robustecer la salvaguarda de sus derechos, tal como le correspondería a todo ser humano, pero sin olvidar que el menor en su condición de tal, se encuentra en una posición de vulnerabilidad con respecto a los demás, es por eso que en su artículo 1° la CDN señala que niño es aquella persona dentro de la minoría de edad, de conformidad con lo que establece la norma jurídica de cada estado. El interés superior del niño a pesar de haberse recogido por este instrumento de carácter internacional, no es una idea originaria sino viene a ser un concepto antiguo que la convención de los derechos del niño reconoce, por ende, le otorga legitimidad legal. (BAHEZA CONCHA, 2001)

LA DECLARACIÓN Y PROGRAMA DE VIENA (AÑO 1993), por su parte revalidó de modo exacto el principio del interés superior del niño, dándole un nexo con el derecho a la no discriminación, mencionando que EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN tienen mayor importancia en cuanto a programas o medidas que tienen que ver con los menores.

En tanto la convención como norma de jerarquía internacional y con carácter proteccionista de los derechos del niño, marca un hito en el ámbito jurídico de los estados partes, dado que hasta ese entonces el niño como sujeto de derechos no gozaba plenamente de un resguardo de esa naturaleza. Desde ese entonces la mayoría de estados (estados ratificantes) reconocen la legitimidad de los derechos que ella recoge. En cuanto a este tema, el autor (LARUMBE CANALEJO, 2002) menciona que con la CONVENCIÓN pasamos de la doctrina de la PROTECCIÓN IRREGULAR a la de la PROTECCIÓN INTEGRAL, colocando al menor de edad como sujeto de derechos con igual situación jurídica entre todos ellos, no estableciendo excepciones de ningún tipo. Ahora bien, todos tenemos claro que en ella también se establece el INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, sin embargo, muchos posiblemente aun nos encontremos con la incertidumbre de entender bien aquel concepto, toda vez que la misma convención no esclarece o delimita literalmente su propósito. Para ser precisos, en los artículos 3; 9, 1; 9,3; 18; 20; 21; 37 y 40 se menciona el INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, más en ninguno de ellos se define en ningún sentido que es lo que se entiende por ello. La doctrina por su parte, se ha avocado la labor de definir el vacío que ha dejado la convención en cuanto al interés superior del niño. Entre una de estas definiciones, (BAHEZA CONCHA, 2001) expresa que el interés superior del niño viene a ser la agrupación de elementos o factores que son indispensables para EL DESARROLLO INTEGRAL del niño, niña o adolescente, y en general, de todo aquello que pueda significar el pleno goce pleno de sus derechos.

El interés superior del niño al que hace alusión la convención tiene entre uno de sus aspectos más importantes el de buscar que todos los países que la acepten, ratifiquen

y reconozcan, deban en la medida de lo posible asegurar y privilegiar el pleno goce y ejercicio de los derechos de aquellas personas que comprenden el sector más vulnerable en toda sociedad: los niños, niñas y adolescentes.

(CILLERO BRUÑOL, 1998) Por su parte menciona que el interés superior del niño es un tema arduamente discutido ya que existen muchos puntos de vista doctrinarios al respecto, que apuntan en distintos sentidos, en tanto unos dicen que su tendencia proteccionista es ABSOLUTA y otros manifiestan que es relativa. Como fundamento de este último, mencionan que la convención misma establece que existen algunos derechos de los menores que declinan ante ciertos INTERESES COLECTIVOS o incluso intereses de terceras personas. Lo cierto también es que este interés podría confundirse con lo aquello que nosotros o los aplicadores del derecho opinen que es conveniente para el menor; sin embargo, es lejano a la idea que se quiere transmitir, cuando se habla de interés superior del niño se refiere a un interés fundamental o esencial para el desarrollo integral del menor.

(CILLERO BRUÑOL, 1998) Los derechos del menor que establece la CONVENCIÓN, estaría el llamado: NÚCLEO DURO, estableciendo de esa manera una referencia a la labor jurisdiccional, eliminando la posibilidad de un acto arbitrario. Asimismo, este NÚCLEO DURO está conformado por todos los derechos denominados esenciales e inherentes al ser humano, como: el derecho a la vida, a la salud, la libertad, educación e identidad, etc. Hacemos hincapié que aquello no solo establece restricciones al actuar discrecional de los funcionarios del estado sino también de la sociedad y en general de toda aquella persona que pretenda vulnerarlos. También autores como GATICA Y CHAIMOVIC opinan al respecto, y mencionan que EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO se debería comprender como UNA EXPRESIÓN RELACIONAL, entendiéndose ello que en el caso de colisión de derechos que se encuentren en la misma jerarquía el que se priorice por sobre los demás sea el PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. Entonces bajo esta lógica no es posible oponer ante ello el interés de la comunidad, del padre o la madre, de la familia, e incluso del mismo ESTADO. Siempre se privilegia los derechos fundamentales del

menor. En contrapartida existen doctrinarios que expresan que la idea del interés superior del niño de por sí ya deslinda la imposibilidad de una clara conceptualización, aunque por su parte ZERMATTEN manifiesta que es una herramienta legal cuyo objetivo es la protección del bienestar integral del menor.

Sobre ello podemos aseverar también que el interés superior del niño motiva el deber de la función jurisdiccional, así como el de las entidades públicas para verificar si la interpretación o el razonamiento adoptado en las decisiones o medidas constituyen una garantía para la protección de los derechos del niño. Ya que esta directriz es la que determina la supremacía del interés del menor en la protección de sus derechos. Por último con este principio se pretende intentar que se eviten discrecionalidades en las resoluciones judiciales y que ante todo primero se proteja, en la mayor medida posible, la satisfacción del menor en sus derechos. Realmente lo que propone este principio es remarcar la importancia del menor en su papel dentro de la sociedad, y el reconocimiento efectivo de sus derechos, así como el ejercicio de los mismos para que le permitan un desarrollo personal sin injerencias que afecten su estabilidad emocional, psicológica o física. (CILLERO BRUÑOL, 1998)

En el sistema jurídico internacional americano, resaltan dos instituciones, primero la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, cuyas siglas son: CIDH y LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, cuyas siglas son: CIDH

LA CONVENCION AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS (1969) dio origen a la CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, y este último desde su posición se ha manifestado en cuanto a los DERECHOS HUMANOS de los menores de edad en varias oportunidades. Sobre todo ha puesto énfasis en el interés superior del niño al igual que la doctrina, como consecuencia de dichas declaraciones se han podido generar bastos preceptos y saberes en cuanto a derechos humanos de los menores se refiere, así como también conocer cuál es la delimitación que la corte presenta sobre el principio del interés superior del menor.

Entonces de una manera categórica decimos que el interés superior del niño, en palabras de (CILLERO BRUÑOL, 1998), es una directriz constituida por muchos componentes que pueden convertirse en razonamientos de singular importancia al momento de proteger los derechos de los menores, y que vincula no solo al padre o la madre, sino también a la comunidad y el estado. Los componentes que toma en cuenta el interés superior del niño podrían verse reflejado en: las peculiaridades del menor en general o tomando en cuenta desde la situación en la que se encuentra, su dignidad, la estabilidad emocional, psíquica y física, en beneficio de sus aptitudes o capacidades, el mejor desenvolvimiento dentro de la sociedad, y que el reparo en este principio es reconocer el pleno goce de sus derechos.

Para concluir: la labor de los operadores de justicia en la aplicación de este principio no debe ser ajena a los aspectos mencionados por la corte interamericana de los derechos humanos, en aquellas situaciones en las que se deba resolver una causa ligada a los derechos de los niños. (CILLERO BRUÑOL, 1998).

### **3.2.- CONCEPTO**

El interés superior del niño es un STANDARD JURIDICO, lo que podemos traducir como una limitación autónoma a la interpretación judicial que resuelve un caso jurídico. Asimismo, tiene características variables, progresivas y moldeables. Como ya hemos venido mencionando anteriormente su naturaleza en el orden jurídico-normativo es el de un principio.

Si bien es un principio, su concepto es impreciso, supeditado aun a una aclaración firme y dependiente de las circunstancias que reviste el caso en concreto. Por tanto, constituye una herramienta de poder para quienes ejercen función jurisdiccional, los que aplican tal principio dependiendo de las peculiaridades del conflicto o incertidumbre jurídica bajo su causa. Asimismo, menciona que este principio debería ser una PAUTA de resolución de conflictos en aras de proteger al menor.

En el supuesto de que el derecho de un MENOR este en conflicto con el del ADULTO se protegerá principalmente el del MENOR. Cuando reconocemos la legitimidad del principio del interés superior del niño también INCLUIMOS al menor dentro del

concepto de persona humana, que es digna de que se le respeten sus derechos fundamentales, dado que por sí mismo no puede ejercerlos con la misma capacidad de un adulto, dado que el menor, física y emocionalmente hablando, es un ser mucho más indefenso que el adulto.

La CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO se establece la prioridad al principio del INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, y con ello se dispone una PAUTA ORIENTADORA y no un simple exhorto o consejo. Marca una pauta vinculante no solo al momento de aplicar el derecho, sino también al momento de crear de la norma y en general se dirige a todo funcionario que en pleno ejercicio de sus funciones tenga que hacer uso de este principio. (CILLERO BRUÑOL, 1998)

El artículo 3 de la CDN conceptualiza lo que es UN PRINCIPIO GARANTISTA, a lo que establece que, primero: es una pauta de orientación obligatoria para la creación de leyes y reglamentos. Segundo: pauta de orientación obligatoria para el establecimiento de programas y políticas públicas. Bajo ese orden de ideas el interés superior del niño se expresa como un principio rector que exige al estado, la sociedad y las personas, que en la posición en la que se encuentren hagan efectivo el contenido de los derechos fundamentales del menor. (BAHEZA CONCHA, 2001)

### **3.3.- DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL**

Con respecto a este tema, LA PROTECCIÓN INTEGRAL, mencionamos que está motivado por el conjunto de principios de carácter UNIVERSAL que nacen a partir de los DERECHOS HUMANOS, como por ejemplo: LA DIGNIDAD HUMANA Y LA JUSTICIA SOCIAL. La protección integral obtiene más relevancia con la IGUALDAD Y LA NO DISCRMINACIÓN, sin embargo, esa importancia se vuelve absoluta con el INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

En cuanto a su materialización, ello se hace efectivo con todas aquellas acciones por parte del estado, la sociedad, los organismos públicos o privados y las personas, encaminadas a fomentar, impulsar y originar que se garanticen plenamente los derechos de los niños. Así como también que no solo se protejan con decisiones

formales que se traduzcan en voluminosos expedientes legales, sino que a través de medidas o herramientas, actividades estatales, políticas o programas públicos pueda convertirse en algo tangible para el bienestar de los menores.

Desde la perspectiva de la protección integral, se califica a los menores de edad como personas con capacidad de goce sobre sus derechos humanos y que están en desarrollo para que, por sí solos, tengan el ejercicio pleno de los mismos. Entonces esto se traduce en que si bien es cierto cuentan con todas las garantías de protección que ostenta todo ser humano, tiene un punto de desequilibrio en cuanto a las demás personas, específicamente los adultos, dado que no cuentan con la madurez emocional ni física suficiente como para valerse legalmente solos. Es allí la importancia de los principios que recoge la convención y que vincula a todos a salvaguardarlos, en aras de: LA PROTECCIÓN INTEGRAL DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE.

De forma genérica, los menores de edad, y en específico los que viven o se desarrollan en un ambiente donde abundan los factores de riesgos (maltrato infantil, familia disfuncional, alcoholismo, drogadicción, trabajo infantil, violencia familiar, etc.) necesitan por parte del estado mucha protección, y sobre todo de carácter dinámico, que no solo se vea plasmado en la creación de leyes o iniciativas legislativas, que en ambos sentidos no generarían frutos, si es que la parte operativa no apoya en los resultados.

Este acercamiento nos posibilita diferenciar entre las actividades de gobierno cuyo objetivo son la creación de mejores condiciones de vida social, familiar, personal, económica, educacional, etc. a los menores; y aquellas actividades destinadas a tratar casos o situaciones específicas en las que el menor se encuentra en peligro inminente de ser vulnerado o que sus derechos ya se estén siendo afectados de alguna manera. Entonces es bien notorio que mediante el primer caso se impulsa el goce universal de los derechos y mediante el segundo se busca la protección ante una afeción de estos derechos. (BAHEZA CONCHA, 2001)

### **3.3.1.- PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL**

- A. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD Y PRIORIDAD ABSOLUTA.
- B. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.
- C. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.
- D. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.

#### **A. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD Y PRIORIDAD ABSOLUTA:**

LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO en su artículo 4 establece este principio, cuyo objetivo radica en desarrollar y modificar el comportamiento de los estados en relación a LA PLANIFICACIÓN SOCIAL, cuya significancia es, que en el momento que ese estado desempeñe actividades concernientes a la mejora de los individuos de su población, deberá priorizar aquellas actividades que busquen mejorar las condiciones de vida de los menores y que constituyan el pleno goce de sus derechos.

#### **B. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN**

Este principio es la base principal en cuanto a DERECHOS HUMANOS, y todo acto gubernamental de carácter social en mayor medida tiene relación estrecha con el principio de igualdad y no discriminación.

Este principio es el cimiento sobre el cual se edifican las políticas que protegen al menor. En cuanto a su regulación, la convención en su art. 2 establece que todo estado ratificante resguardará y reconocerá las disposiciones establecidas en la convención, asimismo se cerciorará y fiscalizará el ejercicio de los derechos que de ella emane, sin mediar la raza, el género, la cultura, el estatus social, nacionalidad, aspectos físicos, etc. o algún tipo de discriminación con respecto al menor cuyo derecho se protege.

De esta manera se constituye como principio normativo de tipo social, cuyo deber es impulsar el estudio y el desarrollo interpretativo de los derechos del niño amparados por la CONVENCIÓN. Entonces tomando como fundamento este principio, no se deberá hacer diferenciación entre un niño y otro, basándose en el estatus social, el género, la etnia, etc., para la protección de sus derechos.

### **C. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.**

Este principio está establecido en el art. 3 DE LA CONVENCIÓN, y se refiere a que cuando las autoridades judiciales, autoridades administrativas u órganos estatales adopten medidas que tienen que ver con los menores, deben tomar en cuenta como primer orden EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. El interés superior del niño es uno de los fundamentos de la DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL, y partiendo de esa idea este principio no es solo un SIMPLE CRITERIO DOCTRINARIO, sino pasa a constituir un PRINCIPIO JURIDICO DE CARÁCTER INTERNACIONAL, que como ya lo habíamos mencionado varias veces es vinculante para todos los estados partes y su aplicación se traduce en la protección sobre derechos humanos. (CILLERO BRUÑOL, 1998)

### **D. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.**

Con respecto a este principio, se encuentra establecido en el art. 5 de la CONVENCIÓN, en el siguiente sentido: TODOS LOS ESTADOS reconocerán los derechos y obligaciones del padre, de la madre, y en general, de los que integran la familia o la sociedad, de acuerdo con las tradiciones del lugar, de los custodios, representantes legales, o quienes ejerzan la tutela legal del menor con respecto a su educación, formación y cuidados, a fin de que el menor goce de la mejor manera de los derechos que la misma convención protege.

### **3.4.- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CILLERO BRUÑOL, 1998)**

El principio del interés superior del niño es una disposición jurídica cuyo objetivo radica en resolver controversias de carácter legal.

De lo que expresa LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO se desprende que el principio del interés superior del niño viene a ser una directriz y criterio principal a partir del cual se va a delimitar la interpretación correcta en caso de conflicto de intereses sobre los derechos de los menores de edad, e incluso ante una disputa entre los derechos de estos con los de otros sujetos de derecho que podrían verse afectados.

El nivel de jerarquía que ostenta el interés superior del niño con respecto a otros principios y como pauta orientadora de interpretación se entiende, de manera general, como un todo, dado que la protección en su conjunto de los derechos del niño, aseguran su plena eficacia y sobre todo que resulte en el medio más idóneo para el desarrollo garantizado del menor, en armonía, dentro de la sociedad. Ello quiere decir que en ningún sentido el interés superior del niño puede entenderse como fundamento para que unos derechos puedan ser protegidos excluyendo a otros.

A pesar de su sentido proteccionista el conjunto de lo que expresa la convención se centró en el contenido de los derechos más que en hacerlos efectivo.

De esta manera la totalidad de derechos que se establecen en este instrumento internacional tienen sentido obligatorio, sin injerencias ni restricciones a lo que ella dispone, así mismo se tiene en cuenta siempre la interconexión y unidad de LOS DERECHOS HUMANOS que protege. Tampoco debemos olvidarnos que otra consideración importante en cuestión de interconexión de derechos y sentido interpretativo, en caso de que se vulneren los derechos, es el INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. En una situación dada podría, y teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño, aplicarse un derecho dejando de lado otro considerado de menos

rango, pero siempre con el afán de lo que es mejor para el menor y no vulnerando derechos fundamentales.

Por último, es válido afirmar que a pesar de establecer subjetivamente que todos los derechos gozan de igual importancia, en su aplicación no se da de esa manera, dado que algunos tienen singular protección frente a otros, y esto debe darse así, COMO UN MAL QUE ES NECESARIO.

LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO en su art. 3 le otorga a este principio la característica de principal, fundamental para formarse un criterio o resolver una cuestión que les atañe a los menores. Dicho de otra manera, los intereses del menor no son equiparable a intereses difusos dado que, aunque su protección le corresponde a la sociedad, atañe a la esfera jurídica de un individuo y no tiene carácter colectivo por ende puede contraponerse, y en un caso concreto puede incluso tener mejor ponderación que este último. Así la gradualidad que ostenta la CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO reside en la condición de principio del interés superior del niño, que debe regir a todo el conglomerado normativo que contiene dicho instrumento.

En cuanto a su interacción con los demás principios que contiene la convención, el interés superior del niño se alimenta de estos y asimismo les permite cumplir la función que naturalmente les corresponde, por mencionar un ejemplo: no podríamos hablar del principio del desarrollo integral del menor si en un conflicto de intereses no se interpretan los derechos de acuerdo al principio del interés superior del niño. Entonces este principio refuerza y brinda solidez a lo que dispone la convención, para que se consolide la protección del menor, y de allí radica su importancia y supremacía.

Según el autor (CILLERO BRUÑOL, 1998) manifestó que este principio, a partir de la convención tiene un enfoque distinto, dado que de ser una herramienta legal al alcance del aplicador del derecho cuyo objetivo es darle un trasfondo protector a los derechos del niño, aunque no deja de ser arbitrario, pasa a ser un principio orientador que marca una pauta interpretativa trascendente.

De allí que los estados parte están vinculados por la CONVENCIÓN y deben hacer cumplir lo que ella dispone. Y no solo ello, sino que debe llevarse a cabo un procedimiento de ajuste, en donde el sistema normativo interno acomode sus parámetros a la adhesión de los derechos que establece este instrumento internacional y que fije nuevos objetivos a alcanzar los propuestos por el. Por otra parte, tiene que estar abierto a la posibilidad de que el COMITÉ inspeccione su normatividad jurídica, así como toda acción estatal o jurisdiccional destinada a hacer cumplir con todo lo regulado en la convención. Entonces la convención de los derechos del niño no solo propone la norma sino asegura el cumplimiento de la misma en el estado parte en el que se aplica.

En muchos estados la incorporación de los derechos que protege la convención a su sistema normativo interno resultó un cambio rotundo de lo que se tenía por instaurado, debido a que lo que dispone la convención o el objetivo de la misma no siempre conciliaba con el régimen legal en temas de menores reconocido hasta entonces. Es por ello que aquellos ESTADOS tuvieron que impulsar toda acción necesaria para acomodar el espíritu de la CIDN y los derechos reconocidos por ella en un ámbito histórico con incidencia dictatorial, muchas veces poco compatible con el sentido protector de los derechos humanos. A partir del reconocimiento de la convención y de esta reforma en muchos estados se dio un paso importante para volver a instaurar un estado democrático dejando en el pasado los regímenes autoritarios y dictatoriales que absorbían el respeto de los derechos de sus ciudadanos. En este aspecto es de importancia recalcar lo que expreso el autor GARCÍA MÉNDEZ al respecto: LA INSTURACIÓN DE LA DEMOCRACIA NO SOLO ASEGURA EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS SINO EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS TAMBIÉN ASEGURA LA INSTAURACIÓN DE LA DEMOCRACIA EN MUCHOS ESTADOS.

### **3.5.- CRITERIOS JURÍDICOS PARA DETERMINAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

La institución familiar dentro del sistema jurídico tiene sentido de obligatoriedad, y está respaldado por un esencial dispositivo legal, donde su eficacia práctica está asegurada con la injerencia de la función jurisdiccional. Dicho de otra manera, es el sistema jurídico el que establece la regulación legal, pero es el aplicador de la norma quien cumple la finalidad propuesta por esta, y quien asienta los precedentes y delimita el camino de la protección legal. Partiendo desde este enfoque toda la jurisprudencia nacional refleja de alguna manera el fin de lo que dispone todos esos derechos que conforman el núcleo o lo esencial y que es fundamento del principio rector del interés superior del niño.

Sin embargo, aunque los fundamentos o criterios expuestos actualmente en la jurisprudencia no demuestran con claridad sobre el sentido del principio del interés superior del niño, ello debe pretender encontrar la solución que implique en toda medida proteger los derechos fundamentales del menor frente a intereses de terceros. Entrando más en el tema del derecho de familia, creo estas consideraciones pueden generar conflicto en la esfera jurídica de los menores, dado que lejos de buscar la protección de sus derechos, genera una cierta incertidumbre que es lo que más lo aleja al fin principal de lo dispuesto por la convención.

Existen actualmente muchos criterios que se usan para determinar el sentido del interés superior del niño en una situación conflictiva dada, ello dependiendo también de todas las circunstancias que rodean al caso concreto. Asimismo, la CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS estableció los siguientes criterios que deben seguirse para tomar resolver un caso jurídico en donde el interés superior del niño este en juego:

➤ **GARANTÍA DEL DESARROLLO INTEGRAL DEL MENOR**

Esta regla o criterio pone de manifiesto que es necesario salvaguardar el desarrollo de los menores en todo ámbito de su vida: como familiar, personal, social, afectiva, bienestar físico y emocional, etc., permitiendo con ello que se desenvuelva en la sociedad con toda la garantía posible de que sus derechos fundamentales serán respetados y protegidos. Esta medida no solo abarca el cumplimiento del estado, sino también de las instituciones autónomas y la familia, tomando en cuenta siempre la situación del menor con respecto a las demás personas, dado que siempre se va a encontrar en una posición de vulnerabilidad que no necesariamente tendría que implicar que sus derechos deberían ceder frente a los demás intereses.

➤ **GARANTÍA DE LAS CONDICIONES PARA QUE EL MENOR TENGA PLENO EJERCICIO DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES**

La convención dispone el pleno ejercicio de los derechos de los menores, sin embargo, debemos acotar que estos se garantizan en la medida que el contexto en la que se procure la protección sea el adecuado. Los derechos fundamentales lo conforman aquellos que son esenciales para la vida y la dignidad humana tal como establece la constitución política del Perú en su primer artículo, como el derecho a la salud psicológica y física, la estabilidad de las relaciones familiares, la libertad, el nombre, la vida, entre otros.

➤ **PROTECCIÓN DEL MENOR FRENTE A RIESGOS PROHIBIDOS.**

La protección del menor frente a situaciones arbitrarias o de vulnerabilidad es un tema de lucha de todos los días, dado que en nuestra vida diaria nos encontramos con una sociedad en la que el trabajo infantil va en aumento, la explotación, la prostitución, la violencia, así como las familias disfuncionales o la drogadicción e inclusive el abandono aumentan sus cifras estadísticas cada año. Este criterio trata de evitar que el menor siga colocándose en una situación riesgosa que desencadene una serie de

atropellos a su desarrollo personal. Es por ello que existen diversas instituciones y políticas públicas dirigidas a advertir determinados problemas o actividades que pongan en riesgo al menor y denunciar o realizar funciones de fiscalización y apoyo a fin de evitar mayores incidencias en el menor.

En este sentido podríamos afirmar que las muchas y diferentes situaciones que prevé la normatividad nacional para la protección de derechos refleja el contexto o la realidad fáctica en la nos encontramos. En el caso de los menores, los derechos del niño han tomado tal protagonismo en las distintas facetas jurídicas que nos dan un indicativo no solo de lo imperioso de lo que dispone la convención como norma internacional de derechos humanos, sino de la necesidad de regulación por parte de nuestro estado a fin de contrarrestar irregularidades fácticas que vulneran determinados derechos.

#### ➤ **EQUILIBRIO CON LOS DERECHOS DE LOS PADRES.**

Para la armonía de la estabilidad familiar es necesario que entre los derechos de los padres y los del menor exista equilibrio y no se perturbe dicha proporción, pero en el caso de que ocurra una situación de disconformidad entre dichos derechos y no se encuentre una solución que mantenga la paridad, se resolverá en función del principio del interés superior del niño siguiendo con la línea interpretativa que este establece.

Ello quiere decir que los derechos de los padres solamente se antepondrán o serán oponibles a los de los hijos, siempre y cuando con ello se consiga cumplir con lo que dispone el principio del interés superior del niño, asimismo en sentido contrario, solamente se privilegiará los derechos de los menores antes que el de los padres si con ello se efectiviza y se impone el principio del interés superior del niño. Y frente a ello es menester mencionar que no se puede establecer una norma subjetiva que sirva para delimitar la manera de equilibrar dichos derechos, mucho menos sobre como deberán ser resueltos en el caso de que colisionen o que se genere circunstancias conflictivas, de darse estos supuestos se decidirá atendiendo al caso en particular.

Por regla genérica, debemos de tener en cuenta que el libre ejercicio de los derechos de los padres no puede ser razón suficiente para dar lugar a restricciones sobre los intereses o derechos del menor. Como por ejemplo poner en peligro su derecho a la integridad física o emocional, el libre desarrollo de su personalidad, el derecho a la educación o incluso el derecho a conocer a sus padres o de identidad. De darse el caso es necesaria la intervención del aparato estatal a fin de evitar que los derechos del menor que están en riesgo sean vulnerados.

➤ **PROVISIÓN DE UN AMBIENTE FAMILIAR ADECUADO PARA QUE EL NIÑO PUEDA DESARROLLARSE DE MANERA INTEGRAL.**

Sobre ello podemos decir que es necesario proteger el desarrollo del menor en todos los aspectos posibles de su persona, según lo establece la convención, para ello es trascendente que el niño pertenezca a un grupo familiar estable y consolidado, con la presencia de padre y madre, que le proporcionen todo lo necesario para que pueda ir desarrollando su personalidad y sus aptitudes, que le brinden el apoyo afectivo, moral, protector, así como las condiciones óptimas para su crecimiento físico e intelectual y prepararlo para afrontar en un futuro una etapa más madura de su vida. La familia constituye la fuente directa de nuestra personalidad e identidad, allí es donde radica nuestro ser.

➤ **MOTIVOS JUSTIFICADOS PARA LA INTROMISIÓN DEL ESTADO EN LAS RELACIONES DE PADRES E HIJOS.**

La situación económica de la familia muchas veces no refleja el bienestar integral de los menores, pese a ello no significa que el estado considere esto motivo suficiente para intervenir en las relaciones paterno-filiales, toda vez que las razones deben de ser de mayor envergadura o que existan mayores indicios que pueden justificar la injerencia estatal, por tanto las medidas que tiendan a romper este tipo de relaciones y alejar al menor de sus padres deben fundarse en situaciones verdaderamente

riesgosas para el menor. De no ser así equivaldría a ser un acto totalmente arbitrario e ineficiente por parte de las autoridades, es más, sería un acto violatorio de los derechos fundamentales y constitucionales, por tanto, constituye afeción a la estabilidad y la armonía de las relaciones familiares, el derecho de identidad del menor, así como el derecho de conocer a sus padres y no ser separado de ellos.

La intervención del estado si bien es cierto es plausible en muchos aspectos sociales e incluso familiares, debe ser estricta en cuanto a este tipo de relaciones, la función protectora no motiva la injerencia arbitraria. Ello debido a que las relaciones entre padres e hijos son la base en la que sienta el propósito de la convención y es allí donde radica la mayor función protectora, dado que los padres son los llamados en primer orden a cumplir con la tarea de materializar lo que ella dispone y el estado a garantizar de que ese propósito se cumpla.

### **3.6.- EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PAUTA DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE DERECHOS.**

En reiteradas ocasiones hemos mencionado el interés superior del niño como parte importante de la DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL. Pese a ello, ahondar en este principio no resulta tan sencillo debido que, aunque los derechos que recoge la convención están definidos y delimitados con precisión, no existe certidumbre o criterio uniforme para marcar una interpretación en aquellos conflictos jurídicos en los que se impone a resolver mediante este principio.

Por otra parte, este principio, aunque es necesario para la resolución en caso de colisión de derechos, en los cuales está en juego los derechos del menor, muchos jueces no tienen clara la ponderación correcta que debe realizarse para que la resolución no sea el reflejo de una manifiesta trasgresión al principio o que pueda convertirse en una herramienta que amplíe los parámetros de interpretación de tal manera que dé lugar a la arbitrariedad.

De igual manera, el principio del interés superior del niño, como lo manifesté en el párrafo anterior, a través de la ponderación puede resolver un caso en el que exista

colisión de derechos, asimismo también da lugar a que puedan cubrirse las lagunas mentales tanto con la creación de nuevas normas como en la resolución de cuestiones jurisprudenciales.

Con respecto a este punto, la doctrina manifiesta que bajo el sistema legal peruano los menores de edad, tal como se encuentra nuestra realidad en este punto de la historia, están a expensas de que el estado refuerce la defensa de sus derechos e intereses, toda vez que su situación lo coloca en el centro de los factores de riesgo.

Si tengo que realizar una acotación sobre el mismo, expreso que el reforzamiento de la protección de los derechos del menor sugiere otorgarle a los derechos del niño una posición más elevada y sumarle rango frente a otros derechos. Ello conllevaría a que exista una suerte de preferencia de uno y otro derecho en un sistema legal en el que no se ha establecido tal regla, más allá del peso que suele atribuírsele a los derechos fundamentales. Sin embargo rescato que ajustar la normatividad interna a los fines de hacer prevalecer derechos, es parte de toda la política de un país, con efectividad y organización. esta acción de refuerzo debe existir en toda las políticas que plantee el estado pero sin privilegiar el contenido de un derecho sobre otro en una actividad estatal, a menos que ello este motivado por razones de índole constitucional que de hacerlo en otro sentido pueda ocasionar menoscabo a la integridad de un país y la desestabilidad del sistema legal. (LARUMBE CANALEJO, 2002).

### **3.6.1.- LA PONDERACIÓN DE DERECHOS**

La doctrina mayoritaria actual contempla un concepto bastante estructurado sobre la ponderación de derechos, lo que vendría a ser una técnica cuyo objetivo es solucionar la contraposición o conflicto de derechos.

Sobre el concepto mencionado en el párrafo anterior, la autoría sobre el mismo lo tiene ROBERT ALEXY. Este expresa que la ponderación es una técnica que encausa la

APLICACIÓN DE PRINCIPIOS, para establecer cuál es el derecho que privilegia por sobre otro.

En este caso rige el rango, la especialidad e incluso el tiempo. Lo que exime las pautas de interpretación o los parámetros y reglas establecidas para la ponderación sino: LOS PRINCIPIOS.

En este caso los principios juegan un papel muy distinto de lo que establecen las pautas, estas últimas no llegan a tener tanta consistencia al momento de resolver un conflicto sobre un caso en particular, como si lo tendrían los principios. Por ejemplo, en el caso de resolver mediante el principio de especialidad sobre los derechos en discusión, es tajante la competencia de un principio, lo que conllevaría a erradicar la injerencia de otro para resolver lo discutido.

Bajo esta propuesta entonces, en definitiva, la ponderación es la equiparación de determinados principios a fin de establecer cuál es el competente para resolver una controversia determinada.

En tanto mientras más realce tenga un principio para asistir a la resolución de un caso conflictivo más alejada será la posibilidad de otro para dar solución sobre el mismo.

También debemos mencionar que el acto de ponderación conlleva de por sí a colocar sobre un principio más importancia que otro, pero solo para un caso y en circunstancias determinadas. Ello no es una cuestión que deba ser generalizada, debido a que los principios se sostienen bajo el mismo peso, sin embargo, en determinadas ocasiones y por distintos motivos algunos siempre ceden para dar paso a la aplicación de otro.

LOS PRINCIPIOS no están estructurados por niveles o grados, dado que ello implicaría discordancia con el sentido que plantea el sistema jurídico actualmente.

Teniendo en cuenta esta idea sobre ponderación, tenemos que establecer los pasos que se debería seguir para aplicarla en una situación determinada:

PASO UNO. - establecer el valor de un principio o de no implicancia en un caso concreto

PASO DOS. - establecer en qué medida satisface el principio que se contrapone

PASO TRES. - establecer si esa satisfacción del que se contrapone motiva la no implicancia o el valor del otro principio. (CILLERO BRUÑOL, 1998)

### **3.6.2.- LÍMITES A LOS DERECHOS:**

#### **TEST DE PROPORCIONALIDAD**

Este test es usado para intervenir y delimitar el sentido constitucional de los derechos fundamentales, y sugiere al juez definir el derecho de acuerdo a su naturaleza constitucional en el sistema jurídico operante, de ser el caso.

De esta manera, el empleo del principio de proporcionalidad implica ofrecer el camino adecuado para establecer si la aplicación de un principio en una causa, es el equivalente a un resultado satisfactorio por la aplicación de mismo y la omisión o reserva de otro. En esa línea de ideas, en un sentido simple, este principio nos da los elementos suficientes para saber si un principio prima sobre otro en un caso específico.

Sobre este test BERNAL PULIDO ha expresado los siguientes pasos:

- **EXAMEN DE IDONEIDAD.**
- **EXAMEN DE NECESIDAD**
- **EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD**

## **TEST DE IGUALDAD**

Este test tiene un alcance valorativo y le permite al juez establecer si la aplicación de una norma jurídica conlleva a un trato desigual con respecto a diferentes destinatarios que se encuentran en supuestos de hechos parecidos, pudiendo, por tanto, ser calificada como una disposición arbitraria.

Para el empleo de este test debemos de identificar: 1.- **el grado de intervención en el derecho de igualdad**; 2.- **la intensidad de esta intervención (media grave o débil)** y, 3.- **la finalidad del tratamiento diferente.**

**CAPITULO IV**  
**DERECHO DE IDENTIDAD**

#### 4.1.- NATURALEZA

La Expresión IDENTIDAD proviene de IDENTITAS, el que a la vez proviene de TAUTOTES, dado que se confundieron los términos: AUTOS E ISOS, el primero significa EL MISMO (refiriéndose a la identidad sustancial) y el segundo LO MISMO (refiriéndose a la identidad esencial); sin embargo, pese a referirse a diferentes aspectos de la IDENTIDAD, ambos conceptos suelen concentrarse como identidad unitaria en cuanto a una persona.

En la actualidad si nos referimos a la identidad podemos decir que es relevante en muchos aspectos, toda vez que no solo nos define a nivel externo sino también como característica primordial de la identidad robustece los vínculos que formemos con otras personas, es indicativo de nuestras acciones diarias, nuestras obligaciones para con los demás y con nosotros mismos e incluso puede dar lugar a nuevos derechos en distintos ámbitos que nos relacionemos.

Si nos referimos a la IDENTIDAD INDIVIDUAL, es menester decir que no se hace referencia a aquella identidad remota que comprende varias estructuras de identidad, sino que la identidad comprende tipificación: en la cual se hace distinciones en la que cada cual tiene un contenido variado sin perder el contenido esencial o contenido nuclear del cual la identidad se desglosa, a fin de que cada tipo o clase pueda abarcar un tema de estudio y análisis independiente sin perder el sentido integral.

De acuerdo al autor CABANELLAS: LA IDENTIDAD es inherente a la condición humana. Así la formación de la identidad personal formula las incidencias en las relaciones jurídicas.

La identificación nace con la identidad y constituye una vertiente mediante la cual se materializa: la identificación es la corroboración y verificación que se hace a una persona a fin de determinar que es aquella de la cual se cree que es. Por ello la identificación permite materializar y demostrar la IDENTIDAD.

La importancia del derecho a la identidad es tan extensiva actualmente que las normas legales han intervenido en muchos ámbitos para la protección de este derecho permitiendo que cada individuo construya su personalidad bajo un indicativo personal, social y familiar.

#### **4.2.- CONCEPTOS DOCTRINARIOS**

Una resolución de la CORTE SUPREMA DE ITALIA establece el concepto del derecho de identidad: cuya interpretación es que toda persona es digna de recibir, por parte de la justicia, tutela jurídica, así como ser respetado acorde con su auténtica personalidad e identidad, como aquella es percibida en el ámbito social, familiar o plano individual; toda persona pasible de protección jurídica aspira a que en su esfera externa no se perturbe, modifique o aturda su dominio social, laboral, ideológico, familiar, etc. de tal manera que no sea el que había formado o demostrado en situaciones específicas a lo largo de su vida.

El destacado jurista Peruano (Fernandez Sessarego, 1992) ha sido quien ha estudiado el derecho de identidad a fondo, y expresa que: existe dos ámbitos de la IDENTIDAD: LA IDENTIDAD ESTÁTICA Y LA IDENTIDAD DINÁMICA, como ya se ha mencionado anteriormente en este trabajo. La IDENTIDAD ESTÁTICA está dada el nombre mientras que LA IDENTIDAD DINÁMICA se exterioriza como el compuesto de particularidades y cualidades de todo individuo.

Si la identidad de la persona comprende dos ámbitos o aspectos, el jurista menciona también que es lo que corresponde específicamente a estos, LA IDENTIDAD ESTÁTICA comprende condiciones físicas como el género, el nombre y el parentesco, así como la situación jurídica de estas. Por su parte LA IDENTIDAD DINÁMICA comprende las cualidades, las ideologías, las actitudes o características tipo social, política, etc.

Refiere (Fernandez Sessarego), que no existe una teoría válida o aceptable que pueda fundamentar el carácter jusfilosofico del derecho de identidad, dado que es no es posible poder advertir o exponer alguna que explique sobre aspectos de la

dimensión existencial de la persona. Hasta el momento es un enigma no descifrado y cualquier teoría al respecto no ofrece alcances aceptables.

La identidad comprende el ser del hombre y responde el porqué de muchos misterios: que somos? ¿Cómo somos?, puesto que las respuestas son ideas vagas y ambiguas que no generan un concepto o explicación clara o sólida, entonces nuestra manera de ser también lo será.

La información científica con la que se cuenta actualmente denota que los seres vivos somos seres indiscutiblemente complejos, un ejemplo claro es la persona Humana, la que está desde que inicio la existencia de la vida en el planeta. De aquella evolución de los primeros átomos luego microorganismos hasta toda materia orgánica viviente. Todos aquellos cambios de la evolución serian guardados en un banco de información con un único código para todas las personas, concentradas en pequeñas moléculas, el ADN, esta información científica ratifica lo que siempre se ha sustentado desde tiempos remotos, la persona humana es un ser ÚNICO E IRREPETIBLE. Por otra parte siempre ante ello nos surge la propuesta contraria de la ciencia actual, como es el caso de la clonación de una persona. Ante ellos preguntaríamos ¿seguiríamos siendo únicos e irrepetibles?, existiría la posibilidad de no poder distinguirnos de otro? La respuesta es sencilla: La identidad personal.

La persona desarrolla su identidad a lo largo de su vida, constituyéndola a partir de su condición de hombre libre, que puede determinar su conducta de tal manera que forme un individuo con características propias, distintas de otro semejante. “El ser yo mismo” de cada persona se forma a partir de la libertad que se vivencia en la intimidad de la persona, en el aislamiento de su conducta, en su propio análisis para con lo externo, pues otra parte no debemos olvidarnos de que el hombre es un ser social por naturaleza y que también está condicionado por la cultura, la sociedad y la familia, sin embargo la noción de libertad con la que nace puede determinar su conducta en razón de lo que conoce o lo que lo rodea.

El sistema jurídico como regulador de conductas sociales otorga el derecho a la identidad, por ello cada individuo es el derecho lo identifica. Aquellos derechos que nacen de la identidad y que se les atribuye son: derecho a un nombre, filiación, género, estado civil, etc.

La IDENTIDAD constituye también una característica espiritual, y es el NOMBRE la “PUERTA” que le permite el acceso a ella. De allí la significancia que tiene el momento en el que se elige el nombre de cada uno. Desde que nacemos inicia un proceso por forjar una distinción o una esencia que sea única, por ello en cada etapa de nuestro desarrollo humano está presente también los factores familiares y sociales, que son relevantes para proyectar nuestra identidad.

En el momento que inicia la vida humana la identidad se va formando, primero desde un aspecto biológico, con la unión de información genética de los progenitores que determina las características físicas, mentales, psíquicas, etc. Así menciona el autor SESSAREGO que los individuos confeccionamos nuestro PROYECTO DE VIDA en razón de lo que somos y de lo que nuestra personalidad nos permita ser, y aquella es distinta y particular de otra, otorgándonos naturaleza espiritual con respecto a otro ser vivo.

Pero es importante señalar también que desde el inicio de nuestra vida empezamos a entablar relaciones con los demás, por ejemplo en el vientre materno nos comunicamos con nuestra madre, luego con ambos padres, entorno familiar, amical y conforme vamos desarrollando nos relacionamos con más personas, y aquello es lo que conlleva a que constituyamos nuestra propia biografía.

En lo que respecta a lo mencionado en el párrafo anterior estamos mencionando que no solo es importante la identidad a partir de las características biológicas de todo

individuo sino también lo que nos otorga el entorno en el que vivimos e incluso las tendencias sociales, religiosas, políticas, culturales, etc.

Nos damos cuenta que la legislación y la ciencia del derecho ha evolucionado en estos últimos tiempos y tiende a la salvaguarda de los derechos de la persona y abordando el tema en cuestión, el derecho a la identidad, sin embargo, la protección no debe limitarse a la identidad personal ya encaminada o determinada sino también el derecho de forjarla, de que toda persona desde su que nace coexiste con la idea de una identidad.

Lo que define quienes somos es la identidad y se refleja a través de lo que hacemos, de nuestras conductas, prácticas o la manera como nos relacionamos en la sociedad o el ámbito de cual formamos parte.

#### **4.3.- IDENTIDAD FAMILIAR**

(KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2009) Todo grupo familiar de manera directa o indirecta incide en la educación de sus integrantes y crea lazos afectivos entre ellos, otorgándole sentido de pertenencia e identidad con respecto a ella. Toda vez que siempre las personas debemos tener claro que pertenecemos a una familia.

Por su parte los padres entienden que tienen la gran labor de orientar a sus hijos así como reconocer y estimar las características de su grupo familiar.

Un factor clave para asumir la identidad: Reconocer las raíces. La familia se origina en la institución de matrimonio, o en la unión de hecho entre varón y mujer, que engendra y cobija a los hijos resultantes de tal unión. Tal pareja proviene, de hecho, de dos familias distintas, con sus respectivos fundadores, los abuelos paternos y maternos, que a su vez tienen sus ancestros, y estos a sus antepasados. Y es a la representación gráfica de esta secuencia de ancestros y descendientes lo que se denomina el árbol genealógico familiar, cuya confección puede significar una primera

tarea que ayude a los miembros de una familia a reconocerse y aceptarse conforme a las características peculiares de la misma, con sus virtudes y limitaciones, pero sobre todo, conforme a la historia particular de cada familia. Para sentirnos parte, amar y respetar nuestra familia, primero debemos conocerla, y ¡qué mejor ejercicio que elaborar en familia el árbol genealógico! Esto puede significar la excelente oportunidad para que los hijos conozcan diferentes facetas de la personalidad, así como el origen y entorno familiar de sus padres, y de sus antepasados.

“EL SENTIDO DE UBICUIDAD” es importante para conseguir corresponder a un grupo familiar, y que de ese modo cada miembro se considere ligado y comprometido al grupo, para ello es importante lo mencionado: el sentido de ubicuidad, lo cual involucra ser sensato en lo que se refiere al contexto o situación familiar: las flaquezas, debilidades, situación económica, laboral, inclinaciones, oportunidades, egresos, ganancias de sus integrantes, ya sea padre, madre, hermanos o demás. Asimismo, da lugar a que cada integrante del grupo familiar analice e interprete la situación en la que se encuentra la familia para adoptar alguna actitud con respecto a ella. Por otro lado el no tener sentido de ubicuidad implica desconocer la realidad del entorno familiar, lo que conllevaría a conflictos o situaciones tensas en la que los hijos no entienden la posición de sus padres y por su parte los hijos no guardan conexión comunicativa con los padre generando desestabilizar la armonía, la buena relación entre ellos, desajustes económicos, perdida de salud y hasta drogadicción, delincuencia juvenil, embarazos no deseados, ya que los hijos se pierden la protección y el sentido de pertenecía a la familia.

Compatriotas: ¡Qué importante es lograr que los hijos, en especial los niños y jóvenes, desarrollen el sentido de identidad y pertenencia a su familia! Cuántas preocupaciones, tensiones, e incluso situaciones de extrema gravedad podríamos evitar al compartir con ellos, con realismo y objetividad, los rasgos propios de su familia, desde sus antepasados hasta la actualidad, sin maquillar ni evadir la realidad, con sus dificultades, compromisos, posibilidades y amenazas, dando pleno valor al historial de lucha y conquistas de su familia, y así aprender a realizarse como personas, capitalizando las potencialidades y haciendo frente a las adversidades. Al educar a los hijos para que se inserten en sociedad orgullosos de su identidad y

pertenencia, ellos estarán mejor predispuestos valorar y honrar su apellido y a su familia con su conducta cotidiana.

La familia es aquella en la que conviven todos en un solo hogar, que comparten el nombre, las costumbres, en la que cotidianamente se comparten muchas vivencias y existe interacción frecuente entre sus integrantes, también coinciden en algunos hábitos heredados por sus antepasados, lo más importante es que comprenden una unidad cuyo patrimonio esencial son los lazos afectivos y las experiencias compartidas.

Aquello que es una idea indiscutiblemente remota de lo que vendría a ser la familia es que es una vinculación con su patrimonio económico o las cosas que posee, como la vivienda, y lo que ella contiene, sino en realidad la identidad familiar lo construyen las relaciones entre ellos.

La familia y su identidad frente a la sociedad se edifica con afecto, con amor, unión, valores, buen trato entre sus miembros mas no en base a elementos económicos o riquezas que no consolidan el respeto del uno hacia el otro.

La identidad familiar debe basarse en cosas más espirituales y valores que en cuestiones económicas, a lo que se sugiere la pregunta ¿Qué es lo que harán los padres para transferir esa idea a sus hijos en cada nueva generación? ya que lo más relevante es tratar de inculcar ese mensaje para que con cada etapa no se pierda las tradiciones y la moral forjada.

Los pilares que tiene más alcance en la identidad familiar son:

**LOS VALORES.** - solo por mencionar algunos ejemplos para tener en claro este punto, el respeto, la confianza, el amor, la solidaridad, la idea de justicia y demás. Son ejes que fortalecen la identidad familiar fuese cual fuese la situación en la que se encuentre.

Inculcarlos a los hijos es una función innata de la condición de ser padres, ya que es la única verdadera herencia que crea condiciones para una buena vida. Los valores deben ser adoptados no solo como para forjar una identidad personal sino familiar.

**LA TRADICIÓN.** - Todos los hijos deben de tener claro conocimiento de las costumbres familiares y sentir que aquello no solo pertenece a sus antepasados, sino

que se sientan estrechamente vinculados, de tal manera que tengan claro que ellos mismos forman parte de ese estilo de vida.

La identidad familiar no es variada para una sola familia, es única, así como las tradiciones y costumbres de un grupo familiar son distintas de otros grupos, pueden asemejarse pero nunca igualarse.

Es significativo mencionar que a pesar de que un grupo familiar comparta las tradiciones y los valores conforme se ha señalado anteriormente, ello no quiere decir que no exista diversidad de caracteres, cualidades, opinión, ideología o personalidad entre sus miembros, eso es lo más normal y lejos de generar un conflicto aquello es una cualidad especial y natural, dado que cualquier asociación humana no unifica personalidades sino las comparte y mediante la comunicación entiende el rol y la postura de cada uno, lo mismo pasa en la familia, los padres forman a los hijos con reglas de conducta que le han sido impartidos a ellos, pero cada persona recibe y exterioriza la formación o educación de manera particular influenciados también por distintos factores que le permitieron desarrollar su conducta. Si existe buena relación, comunicación y afecto en una familia la diversidad existente no será sinónimo de conflicto.

Los factores de protección llegan a determinarse en la familia. La familia es el sitio en el que nacen las conductas éticas, la moral y las normas de comportamiento; es donde toda persona inicia formándose una perspectiva de todo lo que existe y se forma desde que somos niños hasta cuando adultos e incluso en las distintas facetas de la vida, ello contribuye que a cuando estemos en una posición o etapa de la vida nos permita tener un rol, ya sea como hijos, como padres, hermanos, profesionales, amigos o frente a la sociedad, dado que lo que somos hoy día tuvo un punto de origen que dio lugar a que nuestra identidad se forme, se desarrolle y tal vez a la actualidad este ya establecida.

Toda familia tiene rasgos característicos que los identifica de otro grupo familiar, como la religión que profesan, las costumbres festivas, hábitos costumbristas, incluyendo valores; estos últimos vendrían a ser un factor de protección que impulsa el fortalecimiento de los vínculos y relación al interno de la familia.

Por otra parte, también existen los llamados factores que ponen en peligro la relación e identidad familiar. Por señalar un ejemplo: la separación de padres e hijos, ya sea por divorcio o adopción, esto conlleva a que el menor se desligue de la familia a la que parecía pertenecer e inicie una adaptación forzada a otra. Aquello sin lugar a dudas genera un resquebrajamiento de la identidad familiar e incluso paraliza el desarrollo de su identidad personal, ya que como mencionamos, cada grupo familiar tiene rasgos únicos y distintos de otros; así también existen menores que permanecen en albergues a la espera de un hogar familiar, ello no quiere decir que un menor en esta situación no tenga identidad familiar, pues si la tiene por que convive de alguna forma con otras personas y ello conforma su hogar, su familia, el grupo familiar de quien aprende sus primeras lecciones de vida, sin embargo es cierto también que ese grupo no es un hogar permanente, y ello conllevaría a que el sentido de pertenencia del es importante y que hablamos en los párrafos que preceden no sea firme, lo que podría generar que la sensación de incertidumbre e inseguridad se instauren definitivamente en su propia identidad.

#### **4.4.- IDENTIDAD FILIAL**

(MENDOZA, 1996)La CIDH se pronunció sobre el Derecho a la identidad, según ello el derecho a la identidad se define como la totalidad de atributos, cualidades y particularidades que conllevan que una persona puede ser diferenciada de otra en la comunidad o el ámbito donde vive. Asimismo, la identidad compromete la protección de distintos derechos dependiendo de la situación y condición jurídica del individuo. En el caso de los menores de edad los Derechos que comprometen son principalmente: EL DERECHO AL NOMBRE, A LA NACIONALIDAD, A CONOCER LA PROPIA HISTORIA FILIAL, TAMBIEN A LAS RELACIONES DE FAMILIA, e incluso EL DERECHO A SABER LA VERDAD DE SU PROPIA IDENTIDAD.

Sobre este tema la CIDH también expone que se trata de un derecho engloba más derechos como los que ya se ha mencionado en el párrafo anterior. El derecho a la identidad le corresponde a toda persona sin distinción dado que es un derecho

inherente a su condición humana, por ello el sistema legal, político o gubernamental de cada país está en la obligación de lograr su protección. Por otra parte, el derecho a la identidad se representa mediante dos derechos: **“EL DERECHO A LA PROPIA HERENCIA GENETICA Y EL DERECHO AL HÁBITAT NATURAL”**.

En cuanto a nuestra legislación nacional el TC se ha pronunciado en diferentes fallos y ha establecido que: el derecho a la identidad comprende dos tipos de dimensiones: dimensión objetiva y una dimensión subjetiva, demostrando implícitamente que el derecho a la identidad posee una particular complejidad conceptual e incluso normativa. Sin embargo, establece EL DERECHO A LA IDENTIDAD abarca dos ámbitos: el subjetivo que se refiere a los valores, la moral, tipo de pensamiento crítico, aspectos culturales, etc. que de alguna manera suelen ser los más protegidos; y el objetivo que comprende la filiación, derecho al nombre, procedencia, rasgos físicos, etc. Siendo la identidad aquella que permite hacernos únicos con respecto a las demás personas, es menester que abarque estos aspectos pero no de manera particular sino integral, dado que es un todo: LA IDENTIDAD COMO DERECHO.

#### **4.4.1.- DESDE UN PUNTO DE VISTA JURIDICO**

Ahora bien, (DUTTO, 2002) podemos afirmar que – EL NOMBRE y LAS RELACIONES FAMILIARES comprenden la estructura básica del derecho de identidad, en el caso de las relaciones familiares también involucra saber sobre la identidad de sus progenitores y que ellos formen parte del desarrollo integral del menor. Es importante resaltar que cada elemento del derecho de identidad se relaciona de alguna forma con el vínculo de filiación.

El nombre y las relaciones familiares enlaza al derecho de identidad con la filiación y resultan dominantes en ese ámbito, sin embargo, tampoco podemos dejar de lado aquellos elementos que se desprenden de los principios generales del derecho o normas internacionales.

La identidad supone aquellas características o cualidades por el cual una persona concreta su forma de actuar o desenvolverse en sus relaciones personales y por el cual es distinto de otra. Asimismo, el derecho de identidad tiene correspondencia natural con la condición de persona, y la persona desarrolla su identidad a lo largo de su vida, por ello desconocer su procedencia filiatoria implicaría admitir que su derecho de identidad carece de la estructura básica que le dé un lugar familiar en la sociedad o el sentido de pertenencia respecto a un grupo de personas unidas por lazos biológicos.

Otro caso importante a mencionar es GASKIN contra Reino Unido (Gaskin contra Reino Unido, 2005). Una persona no había conocido nunca a su familia biológica y paso su infancia en familias de acogida después de un tiempo quiso saber sobre su origen biológico, pero no se le proporciono datos al respecto. En su resolución el tribunal de los Derechos humanos dispuso que la información sobre el origen y procedencia de una persona que está bajo guarda estatal pertenecen a su vida íntima y familiar. Por ello las normas sobre derechos humanos protegen los intereses de aquellas personas, a fin de que puedan acceder a la información exacta posible para conocer su origen biológico

Este mismo tribunal (Tribunal Europeo de DD. HH) dejó establecido en el caso FRANCIA contra ODIÉVRE la importancia de derecho al acceso a los datos sobre la procedencia de una persona, dado que con ello legitiman su derecho a la identidad personal. Tener conocimiento sobre sus orígenes actualmente es un derecho humano reconocido en muchos sistemas jurídicos; sin embargo, si observamos la otra cara de la moneda, que pasa cuando un infante tiene por padre a una persona que no es su progenitor y ha entablado un vínculo filial con él. ¿Acaso el desapego con este no afecta también su derecho a la identidad? (Gaskin contra Reino Unido, 2005)

Con respecto al derecho de identidad, tema que nos aborda en el presente capítulo, es preciso señalar que el derecho a conocer la verdadera procedencia biológica es indiscutiblemente importante para la construcción integral de la identidad personal, no obstante, no constituye un elemento principal del mismo.

Haciendo referencia a lo antes dicho, un ejemplo claro vendría a ser aquellas figuras jurídicas instauradas a fin de suplir normativamente situaciones fácticas, como el derecho de adopción que se encuentra establecido en el art. 377 del Código Civil: (JURISTA EDITORES, 2015). Vinculando al adoptado con su familia adoptante y por consecuencia desvinculándolo legalmente de la consanguínea o biológica.

De igual manera citando otro ejemplo un poco más remoto pero con mucha incidencia normativa sobre el tema que tratamos, es el caso de la reproducción asistida, específicamente aquella técnica reproductiva que suponga la donación de genes por parte de una tercera persona, lo que determina que a pesar de existir una relación consanguínea entre el donante y el nuevo ser, la filiación lo tendrá aquel que se sometió al tratamiento, originando otro supuesto de filiación respecto de la biológica. No dudamos que el derecho a la verdad biológica como componente de la identidad puede alterar o cambiar muchas situaciones sociales ya existentes, como se viene dando en los procesos de filiación actualmente con la prueba de paternidad; sin embargo, no es directriz inquebrantable para definir la naturaleza de las relaciones familiares como ya los hemos visto en los párrafos anteriores.

Por lo mismo se dan muchas situaciones familiares actualmente como es el caso de las familias ensambladas en las que los hijos del padre o la madre que provienen de un compromiso anterior no son los hijos consanguíneos de la nueva pareja de su progenitor. En este caso el menor y sin importar la situación fáctica en específica su identidad debe determinar necesariamente su identidad por la verdad biológica generada en una realidad, aunque posiblemente su identidad siga desarrollándose en torno a una nueva filiación ficticia.

Tomando en cuenta la importancia de la verdad biológica en nuestra legislación, (DUTTO, 2002) aquella puede perder dicha condición cuando el marido de mujer que es casada NO IMPUGNA la filiación y sigue guardando la posesión de estado con respecto al hijo de su mujer aunque no sea biológicamente suyo. Así podríamos determinar que la verdad biológica no se superpone a las relaciones familiares establecidas en el cual el padre consanguíneo no está presente.

En este orden de ideas, la preponderancia jurídica de la verdad biológica conllevaría un aprieto a la estructura y formación del derecho de identidad, debiendo decidirse según los efectos que generaría en el entorno personal y de familiar del menor.

Para solucionar el tema en cuestión es importante mencionar la aplicación del interés superior del niño dependiendo del caso específico, lo que generaría que se interprete y/o aplique las disposiciones jurídicas que más protejan a los intereses del menor, e incluso determinar la norma jurídica aplicable que sea menos perjudicial cuando se imponga alguna restricción al ejercicio de sus derechos.

Por otra parte, contamos con el apoyo de la Doctrina Peruana para resolver algunas cuestiones sobre este tema: (PLÁCIDO VILCACHAGUA, 2001) expresa que en los aspectos de la verdad biológica se encuentra el derecho de saber tu origen o quienes son tus progenitores, con la finalidad de definir la filiación y saber sobre tu procedencia biológica sin que implique una relación filial.

En definitiva, la verdad biológica constituye un derecho que debe ser garantizado a fin de salvaguardar los intereses de la persona, pese a ello el sistema normativo debe evaluar las situaciones concretas y si es necesario disminuir su aplicación y restringir las interpretaciones de las normas que a ella se refieren, cuando existan situaciones fácticas que sugieran que las relaciones familiares no se concretizan por el derecho a la verdad biológica.

Por otra parte, es preciso establecer que en las relaciones familiares otro aspecto importante es: EL DERECHO A SER CUIDADO POR LOS PADRES. La CADN expresa que el menor en cuanto sea posible debe permanecer con sus progenitores a lo largo de su vida dado que eso le da soporte para el desarrollo de su identidad.

Por su parte (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2009) menciona que la función de la familia no se limita a tener un papel protector con respecto al menor sino que también crea un ambiente propicio para impartirle consejos éticos, valores, lo que se traduciría en educación familiar.

La Organización de Estados Americanos (OEA) en cuanto a la definición de FAMILIA, ha adoptado una interpretación con un alcance distinto al normalmente establecido, en el que sostiene que la familia no solo constituye un ámbito de protección y

reproducción sino de socialización, de relaciones afectivas y comunicativas en el que sus integrantes interactúen y combinen opiniones, posiciones y conductas.

Sobre el tema: en **EL XIX CONGRESO PANAMERICANO DEL NIÑO** se expresó sobre lo siguiente:

Los Estados involucrados reconocen, resguardan y establecen que el entorno familiar es primordial para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de los menores.

Por su parte la DIDF (DECLARACION INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS DE FAMILIA): menciona que referente a un hogar familiar y la estabilidad de las relaciones familiares todo menor tiene derecho a ello.

El Tribunal Constitucional del Perú (BAHEZA CONCHA, 2001) menciona que la constitución Política en sus artículos 1 – 2 establece que el derecho fundamental de la dignidad de la persona Humana, así como el de identidad y el libre desarrollo de la personalidad, sirven de fundamento para la interpretación y aplicación del derecho a pertenecer a un hogar familiar, conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. Sobre este punto es preciso indicar que el derecho de ser cuidado por los padres guarda relación con el de verdad biológica, sin embargo, en nuestra sociedad estos derechos no siempre van a corresponderse e incluso pueden contraponerse entre ellos. Pues por una parte el primero tiene que ver con la relación afectiva entre padre e hijos, la convivencia que permite al menor desarrollar características que forjan su personalidad; y el segundo tiene que ver necesariamente con una cuestión biológica que muchas veces no existe en los vínculos paterno filiales.

En síntesis, se dice que en muchas situaciones el vínculo afectivo familiar no siempre sugiere un vínculo de carácter biológico. Nuestro sistema jurídico protege la filiación que no tiene el componente biológico como la presunción PATER IS (el hijo de la mujer casada se presume hijo del marido) o la ADOPCIÓN.

El tema del derecho a la identidad y su protección suponen cuestiones discutibles debido al análisis social que implica sobre cada caso en particular. Lo que da lugar a que en el ámbito jurídico cuando se trate de guardar tutela a un derecho que forme parte de la estructura del derecho a la identidad imponga a los involucrados realizar un análisis de ponderación de derechos y estudios de carácter jurídicos, facticos e

incluso familiares de cada situación, a fin de proteger el derecho de identidad desde un alcance amplio y provechoso para las relaciones familiares y personales.

#### **4.4.2.- DESDE UN PUNTO DE VISTA BIOLÓGICO**

La filiación biológica (DUTTO, 2002) viene a ser aquel vínculo que une a una persona con sus progenitores: padre biológico y madre biológica, en este último caso considerado además un vínculo más arraigado debido a que la madre y el hijo entran en contacto durante el embarazo.

El derecho a la identidad comprende tanto una **FAZ ESTÁTICA** y una **FAZ DINÁMICA**.

En la llamada FAZ DINÁMICA se incluye una característica biológica que muchas veces es de gran importancia en la vida de la persona, puesto que la identidad del ser humano inicia desde la unión de células que transmiten la información genética de sus padres y esta descripción biológica marcaría un instante trascendental en la historia de la persona Humana toda vez que se comienzan a definir aquellos rasgos de lo individualizan respecto de los demás.

La identidad biológica conlleva el derecho de saber de dónde procede la función vital, la unión de células genéticas, el derecho de conocer su procedencia, en el momento que empieza a escribirse su historia como persona humana y el contexto donde eso se desarrolla. Para muchos o casi todos, en aquello radica la importancia de todo ser humano, toda la vida toma más sentido cuando sabes quién eres y de donde procedes, marca tu individualidad sobre otros individuos.

Respecto a la FAZ ESTÁTICA, ello determina que el derecho a indagar sobre la verdad de nuestra paternidad biológica, así como accionar legalmente a fin de obtener mediante una resolución judicial la convicción sobre paternidad o maternidad cuando se tenga claras sospechas sobre la falta de correspondencia entre la situación paterno filial existente y la realidad biológica.

El conocimiento de la verdad biológica como elemento del derecho a la identidad encuentra su fundamento y legitimidad en la falta de certeza sobre el estado de la filiación actual y ello deviene en la posibilidad de obtener una declaración al respecto que defina y resuelva su situación filial.

Mediante acciones judiciales los interesados pueden oponerse a la posición de estado que ostente el menor; sin embargo, si al momento de accionarse nuestro estado familiar está definido, no daría lugar a romper las relaciones familiares ya adoptadas, dado que implicaría colisionar con gran parte de la estructura del derecho de identidad. Las acciones deben tener el fin de poner en conocimiento la verdad biológica y evidenciarla, pero aparentemente no es el propósito. Lo mencionado anteriormente no dejaría de ser la postura de muchos, pero no es la pauta que marca la norma jurídica actual, ni mucho menos la jurisprudencia, a pesar de que en sus sentencias parece haber argumentos suficientes que sirven de base para consolidar la posición que defendemos.

#### **4.4.3.- DESDE UN PUNTO DE VISTA PSICOLÓGICO**

(DIAS, 2009) Menciona que la PATERNIDAD nos hace entender que estamos ante un nuevo rol social ya que significa un estado o posición especial frente a las demás personas; involucra un PROCESO SOCIAFECTIVO por el cual el padre ejecuta un conjunto de actos encaminados a cumplir con ese nuevo rol: como el cuidado de sus hijos, su educación, crianza, pero siempre de una manera diferente al de la madre

De lo mencionado en el párrafo anterior, se debe aclarar también que el padre cumple su rol de acuerdo al estilo de vida que ha tenido, a las cualidades o defectos que adquirió, así como de las enseñanzas o las experiencias aprendidas. La manera en como asumió todo sus VIVENCIAS es como que exteriorizará su paternidad.

La pronta paternidad ocasiona que la persona entre en un PROCESO DE TRANSICIÓN, provocando con ello muchos cambios, asimilaciones, enfoques, proyecciones e incluso prácticas que los doten de las características posibles para desempeñarse de la mejor manera.

LA TRANSICIÓN A LA PATERNIDAD es semejante a un estado de recesión, en la que se dan situaciones en las que la persona tiene que tomar decisiones, asumir nuevas circunstancias; marca la partida de una carrera sin retorno.

La TRANSICIÓN de la que hablamos trae a colación otros temas importantes, como las perspectivas, la estabilidad emocional, el entorno en el que se sitúa, el discernimiento y la sensatez de las decisiones que se tomen

En el camino hacia la PATERNIDAD los hombres conciben una serie de características que le dan mayor amplitud, conocimiento y control emocional a su personalidad, ello conlleva a que organicen o corrijan su estilo de vida y tengan más acercamiento al entorno familiar, así como determinen su conducta acogiendo ciertas habilidades que no solo le sirvan para una relación de padre a hijo sino con la misma pareja. Todo aquello implica un desarrollo también en la identidad personal dado que posiblemente se vea a asimismo de distinta manera y de la etapa de transición se vea reflejada otras actitudes que antes desconocía.

De esta manera todos los cambios que se generen en su persona se verá evidenciado como ya lo mencionamos en su identidad y en otros aspectos: familiares, cotidianos, en el trabajo, etc.

Tan pronto sean padres los hombres empiezan a experimentar 3 situaciones:

Empiezan a asimilar la PATERNIDAD como parte de su IDENTIDAD, sienten que con la llegada de la paternidad adquieren algún desequilibrio que sería difícil de manejar y sus emociones aspiracionales suelen acrecentarse.

Aquellos cambios, producen que de alguna manera los hombres, según su experiencia personal replanteen las vivencias con su PADRE y revivan el vínculo con él, de manera tal que al momento de ser ellos los padres sientan un vínculo emocional hacia sus hijos.

La asimilación y el desarrollo del ROL PATERNO se va mejorando cuando se encuentran en la misma situación, o a partir del análisis sobre lo vivido con su Padre.

Posteriormente se consolida y ajusta según la influencia que tuviere de las experiencias vividas, así como de las personas de su entorno familiar: como sus propios padres, hermanos o primos.

La PATERNIDAD pasa por diferentes circunstancias, hay momentos buenos, estables, admirables e incluso de rechazo; esa inestabilidad se da en situaciones críticas, de rupturas familiares, hijos que pasan por la adolescencia, etc., pero si se sabe afrontar de la mejor manera no suelen ser permanentes, llega un momento en que se logra superar y se normaliza. Actualmente el buen rol que desempeñan los padres ha dado lugar a que sea un factor determinante en la reafirmación de la identidad de los menores.

Tan importante viene a ser la figura del Padre que tras generaciones todos en algún momento hacen el análisis de sus parientes para que les dé un indicador de su propia situación, por ejemplo: lo que transmitió, sus acciones que perduraron, que logro en sus hijos, los valores con los cuales educó, y la posición y el cariño que se ganó por parte de su familia.

Entonces, el rol del padre, sus características paternas, sus valores, educación y demostración afectiva está determinada por la EDUACIÓN QUE SE LE TRANSMITIÓ; sin dejar de lado el rol materno, pues es igual de importante siempre que entre los dos haya uniformidad y conexión al momento de educar. Así ambos inciden de manera concluyente sobre la identidad de sus hijos.

En definitiva, la presencia tanto del padre como de la manera en nuestra vida marca un determinante sentido y rumbo para lo que cada persona pueda construir en su futuro. Asimismo, dota de características, a través de sus influjos, de todas las experiencias compartidas, no solo con ellos sino en general de todo el grupo que conforma nuestra familia.

#### **4.4.4.- DESDE UN PUNTO DE VISTA FACTICO Y SOCIO-AFECTIVO**

(DIAS, 2009) LA POSESIÓN DE ESTADO en las relaciones padres e hijos hace referencia a una SITUACIÓN DE HECHO, mediante la cual un individuo goza del estado de HIJO con respecto a otro indistintamente a la condición biológica o jurídica reconocida.

A partir de lo mencionado debe tenerse en cuenta que existen otras realidades distintas a la biológica, como LA SOCIAL O CULTURAL, que influye en la IDENTIDAD PERSONAL. Tendrá un rol predominante la FILIACIÓN que está latente en la realidad del sujeto sí también que es aceptada y pretendida por él. Por ello es preciso mencionar que el vínculo afectivo, comunicativo, moral y la subsistencia de aquella relación dan lugar a lo que se denomina como la FAZ DINÁMICA, así pues, en las POSESIONES DE ESTADO que haya quedado firme el vínculo filial no tiene por qué dar lugar a la REALIDAD BIOLÓGICA, puesto que nuestra situación biológica no determina la filiación que debemos asumir, aquello implicaría afectar la IDENTIDAD FILIATORIA adoptada y pretendida para tomar una que nos es impuesta. Para muchos es equivoco la idea de sostener que PADRE es semejante PROGENITOR, porque sobre esa idea sería imposible la filiación mediante adopción.

(KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2009) LA FILIACIÓN está compuesta por los siguientes factores: 1.- Los padres asumen su posición, se familiarizan con los hijos bajo ese papel, a su vez los hijos los tratan como padres. 2.- Los hijos no solo se vinculan a los padres a través de las relaciones con estos sino también por el APELLIDO que heredan de ellos. 3.- La familia se consolida bajo determinadas características y prestigio, y mediante ello se reconocen a sus integrantes en la sociedad. Todos estos factores se originan por la convivencia con los hijos, sus relaciones con ellos ya se en el plano afectivo o instructivo, y la percepción social que identifica la unidad del grupo familiar, dando lugar a la llamada filiación.

Cuando existe la posición de PADRE en una persona que no fue el transmisor de los genes biológicos da cabida a que surja el concepto de: FILIACIÓN SOCIO-AFECTIVA.

En este caso EL PADRE SOCIO- AFECTIVO es quien desempeña la paternidad propiamente dicha, y asume su funcional como tal, con sentido de pertenencia, correspondencia, y asume el rol de manera que su identidad personal se va moldeando en razón del vínculo paterno filial adquirido.

(SUAREZ FRANCO, 1998) La CONSOLIDACIÓN de la FILIACIÓN a través de una situación de hecho sobre paternidad, sustentado en la POSESIÓN DE ESTADO ajeno al origen BIOLÓGICO, no puede ser pasible de contradicción fundamentándose en las pruebas científicas que determinen el lazo consanguíneo, dado que la discusión NO versa en la primacía de la paternidad biológica por sobre la paternidad consolidada mediante LA POSESIÓN DE ESTADO. No podemos negar la relevancia que tiene el conocimiento sobre el origen biológico de cada persona toda vez que implica identificar su procedencia y genealogía, sin embargo no ostenta más fundamento que ello, por otra parte la posesión de estado tiene implicancias más trascendentales que permiten a toda persona desarrollar una personalidad y perspectiva sobre todo lo que lo rodea, toda vez que encuentra un espacio en la sociedad que le da seguridad y lo determina en cuanto a la construcción de su identidad.

(MENDEZ COSTA, 1986) Como ya hemos venido mencionando en los párrafos anteriores LA IDENTIDAD formada por la FILIACIÓN SOCIO-AFECTIVA no se basa en la condición biológica, sino en una conexión surgida a partir de un acto voluntario que construye una relación única de desprendimiento, de disposición a dar, de compartir y recibir. Aquella filiación podría generar muchos debates jurisprudenciales, pero nadie podría negar que en su desarrollo fáctico está consolidada de la misma o mejor manera que la biológica en tanto comprende una relación estrecha de afecto y de vivencias, que en su cauce natural comprendería la figura de PADRE a HIJO y viceversa. Entonces podríamos afirmar que el carácter biológico determina la paternidad, pero no es el único, ya que también existe: LA FILIACION SOCIO-AFECTIVA.

El carácter afectivo en las relaciones familiares es una categoría jurídica que en nuestra legislación y en las legislaciones comparadas son un rasgo del concepto

FAMILIA. Aquel rasgo ha sido trasladado a la paternidad mediante el concepto: SOCIO-AFECTIVO, lo que establece el efecto de entrega de amor, de espiritualidad, de gozo y entre otros sentimientos positivos que puedan desprenderse de un vínculo que trasciende el aspecto formal o jurídico para instaurarse en el alma de la persona e instaurar una relación indesligable.

Por otra parte, tampoco debemos negar que la condición de incuestionable de la paternidad socio-afectiva obedece a la firmeza de relación afectiva y al respeto mutuo, de lo contrario no podríamos hablar de una vinculación afectiva. Sin embargo, cuando se trata de un menor o adolescente la condición afectiva es relativa y variable, dependiendo de la situación o contexto en el que se encuentren (padre - hijo), ello podría deberse a la posición de manipulable del sujeto (menor). En este caso debemos demostrar que a lo largo de la relación paternal estuvo presente esa condición, y que por causas externas o ajenas a la voluntad del padre, eventualmente la relación socio-afectiva se habría resquebrajado. Asimismo, se tendría en cuenta que la identidad del menor se habría constituido por el vínculo EMOCIONAL que tiene con los que consideraba sus padres.

Ahora supongamos que a pesar de haber existido un vínculo socio-afectivo en la relación paternal EL PADRE E HIJO, acuerden en invalidar la filiación argumentando que la afectividad ha desaparecido, sin embargo debemos de tener en cuenta que la paternidad a pesar de presentar aquella característica o condición, como se ha mencionado en el párrafo anterior, no está determinada por la existencia o inexistencia eventual de la afectividad, sino por el vínculo creado a partir de ella y por la identidad personal y familiar formada, ya que de ser de otro modo no estaríamos hablando de filiación en el sentido propiamente dicho.

## **CAPITULO V**

### **EL NIÑO COMO SUJETO DE PROTECCIÓN ESPECIAL**

## **5.1.- LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

### **5.1.1.- NIÑO COMO SUJETO DE PROTECCION PRIMORDIAL EN TERMINOS DE LA CONVENCION.**

(GIL DOMINGUEZ, 2006) LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, formula el concepto de lo que es niño, estableciendo así: es aquella persona que según las leyes de su país se encuentra en minoría de edad. Lo que a nuestro entender nos supone que no delimito la categoría de adolescente, dejándola de lado o de otro modo considerando al mismo adolescente, en términos jurídicos, como NIÑO. Ahora, se menciona también que este concepto abarca a toda persona que se encuentra dentro del periodo de vida humano y da a entender de que se estableció con el propósito de proteger a todo NIÑO que encontrándose o no con apoyo familiar pudiese estar en una situación vulnerable o que algunos de sus derechos estén en colisión. Citando al autor RUSHDONY, él manifiesta con respecto al NIÑO, que es aquella persona que está integrando una determinada CULTURA y que su comportamiento, sus exigencias, sus ambiciones depende de la incidencia de aquella cultura.

Tomando en cuenta los conceptos citados en el párrafo anterior, podemos resolver que la idea de establecer firmemente el concepto de niño es un trabajo difícil, por ello vamos a tomar la definición que un tanto genérica, es la más empleada: la niñez esta una etapa del desarrollo de la vida del ser humano que inicia automáticamente al nacer y termina con la adultez.

Es importante hacer mención también que aunque no parezca, el estudio del concepto de niño es un tema muy difícil de entender, se hace hincapié sobre esto básicamente para dar a conocer que aunque en muchos países se tiene uniformidad en el tema de la protección jurídica esa misma uniformidad no goza la idea de NIÑO en esos países, ya que existen factores culturales que determinan lo que es NIÑO y lo que no. También debemos resaltar que, si en la sociedad es importante la familia como célula básica, en la misma familia sus tradiciones y educación reposan en el futuro de los niños. Por ello se puede decir que una de las bases donde se asienta nuestra sociedad es sin

lugar a dudas en la niñez, de allí la necesidad de salvaguardar sus intereses y crear normas y políticas de trabajo que ayuden o fomenten la educación y el desarrollo integral del niño en toda su amplitud.

(CILLERO BRUÑOL, 1998) LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS es realmente una norma internacional que marca una especie de tendencia por su regulación innovadora. Está integrada por una compilación de ideas y fundamentos de carácter jurídico y político direccionadas a mejorar y privilegiar los derechos del menor. Esta herramienta de CARÁCTER UNIVERSAL Y VINCULANTE ha sido creada a fin de que cada estado reconozca los derechos del niño y fomente su protección.

Entrando propiamente en el análisis de la Convención, ella cuenta con tres partes, lo que simplifica su estudio:

1.- En los artículo 1 AL 41 se incide en las distintas formas de desarrollos: cultural, familiar, social, psicológico, etc.

2.- En los artículos 42 AL 45, se menciona la creación de un COMITÉ que velara por la adecuada aplicación de todo lo que establece el tratado, y que cada país integrante u organizaciones gubernamentales están en el derecho de fiscalizar que el comité cumpla con ello.

3.- En los artículos 46 AL 54, se establece que cada país que desee y cuyo sistema jurídico no sea contrario a la finalidad del tratado puede integrarse, llevando previamente los procesos de aprobación y ratificación correspondientes.

Con respecto a la ratificación es preciso mencionar que tiene que hacerse acorde con los requisitos establecidos en su legislación.

Sobre este aspecto debemos recalcar que los estados que RATIFICAN el tratado, están en todo el compromiso de impulsar, promover y emplear todo lo que se haya establecido en el, a fin de cumplir con el objetivo de la norma internacional.

Entre las actividades fundamentales que deben hacer los países consiste en dar a conocer a nivel nacional-territorial sobre los derechos que contiene y los alcances de

protección del mismo, así como las iniciativas legislativas y/o políticas públicas iniciadas o en proceso para la protección de los derechos del niño.

La convención es protagonista de un acontecimiento evolutivo en la historia, toda vez que RENOCOCE la relevancia de la protección de los derechos del niño, y su aplicación dentro de un estado de derecho debe estar por encima de su legislación interna, ya que no tendría que entrar en conflicto con ella porque contiene la protección de derechos humanos, cuyo alcance va más allá de alguna regulación fáctica.

LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO da lugar que se creen en los distintos estados mejores condiciones de vida para los niños, convirtiéndose en el mejor instrumento para evitar que los derechos del niño no solo sigan siendo vulnerados, sino que se incite al disfrute de esos derechos.

#### **5.1.2.- CARÁCTER VINCULANTE Y JERARQUÍA CONSTITUCIONAL.**

Todo tratado tiene sentido vinculante para quienes los estados que los ratifican, ello se fundamenta mediante el principio: PACTA SUNT SERVANDA.

Asimismo, es preciso indicar que no solo existe obligatoriedad de su cumplimiento, sino que debe hacerse DE BUENA FE, ello constituye en la voluntad natural de realizar todos los actos o tomar las medidas necesarias para su cometido, a fin de que se alcance con ello la finalidad propuesta en el tratado

Nuestra legislación nacional establece en el art. 55 de la CONSTITUCIÓN, en otras palabras, que las normas de carácter internacional que han sido ratificados por el país pasan a constituir parte de la legislación interna. Con ello se determina que una vez aprobado un tratado esta forma parte de la norma jurídica interna, lo que da cabida a que pueda alegarse su defensa o denunciarse su vulneración ante los tribunales nacionales.

Como ya se ha mencionado, entonces LA CONVENCIÓN en cuestión, tiene en su contenido todos los derechos con los gozan los niños, incluyendo también medidas para que se pueda de alguna manera fiscalizar que los estados, sus entidades,

tribunales u órganos internacionales cumplan a cabalidad con los deberes impuestos para su protección, difusión, promoción, prevención y adecuada aplicación.

Todos estos derechos del niño que contiene la convención establecen una base o margen mínimo al que debe ajustarse todo estado.

Pese a que la convención contiene una lista amplia de derechos del niño para proteger, ello no impide que el estado incluya en su ordenamiento jurídico interno otros que de acuerdo a su realidad jurídica o fáctica considere necesario garantizar. Los estados garantizan los derechos del niño de una forma DINÁMICA que implique avance y progreso: como implementación de medidas, propuestas legislativas, creación de órganos especializados y todo lo que permita que los niños gocen plenamente de sus derechos.

En conclusión, los estados tienen dos deberes primordiales en cuanto a los DERECHOS DEL NIÑO, respetarlos y hacer efectivo su cumplimiento.

La idea de respetar LOS DERECHOS DEL NIÑO, quiere decir que no se debe realizar actos ya sean de carácter político, jurídico, administrativo u otro que contravenga con los derechos o el contenido que protege la convención.

## **5.2.- EL DERECHO DEL NIÑO A CONOCER A SUS PADRES Y MANTENER RELACIONES AFECTIVAS CON ELLOS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.**

### **5.2.1.- EL CONTENIDO Y LOS ALCANCES**

(ZANNONI Eduardo Antonio, 2004) Desde que nacemos e iniciamos una vida traemos consigo una identidad biológica, que mediante los genes nos fueron transmitidos por

quienes nos procrearon, ello conlleva a que por respeto a esa identidad tengamos el derecho de conocer quiénes forman parte de ese vínculo biológico con nosotros.

A causa de ese vínculo biológico es que toda persona nace y de manera natural constituye una filiación determinada, ello independientemente de su condición de hijo matrimonial o extramatrimonial.

Como mencionamos, a todo ser humano le corresponde una determinada filiación por naturaleza, sin importar que sus progenitores se encuentren casados o no. Toda persona tiene derecho a la filiación biológica y obtiene derechos automáticamente al nacer, por ende pertenecerá a una familia y se le otorgará la condición de hijo de quien lo fuese, así como también existe la posibilidad de que ante alguna causa de errónea o dolosa se le haya imputado una filiación equivocada, entonces podrá obtener tutela jurídica para a fin de corregirse su situación o develar su real filiación biológica.

Las ACCIONES LEGALES sobre filiación se fundamentan en el DERECHO A CONOCER A SUS PADRES e incluso en el derecho a la identidad, justamente en este último punto se encuentran posiciones contradictorias, que bajo el mismo derecho de identidad argumentan en contra de la filiación biológica en determinadas situaciones. Tema que ya se ha visto en los capítulos anteriores.

Independientemente al debate sobre el carácter predominante de algún tipo de filiación, es importante analizar las consecuencias en los procesos de filiación en donde se discute un cambio de paternidad. Consecuencias en los niños, como: su inestabilidad emocional, afectación de identidad personal y/ familiar, estrés infantil, pérdida de la estabilidad en las relaciones familiares ya establecidas.

La condición de ejercer plenamente su DERECHO A CONOCER A SUS PADRES, muchos sostienen, que está delimitado a partir del nacimiento y la existencia misma, lo que nos lleva de forma natural a que todo ser racional pretenda formarse una idea sobre su origen y de lo que es, respecto de lo que existe a su alrededor.

En la realidad no podemos negar que también pueden haber muchas situaciones en la cual la idea de conocer a los padres biológicos, por parte de los menores, resulte ciertamente remota, así como la idea de conocerlos no implica que los menores no han adquirido vínculo paternal con los que desarrollan el rol de padre o madre o que no puedan asumir la posición de hijos frente a ellos, ni muchos menos entablar la FILIACIÓN, ya que muchos autores consideran que MATERNIDAD O PATERNIDAD no es sinónimo de FILIACIÓN BIOLÓGICA.

El derecho a conocer a los padres es un derecho primordial reconocido no solo por el sistema jurídico interno sino goza de protección internacional y tiene como objeto permitir al niño desde su nacimiento disfrutar de una relación familiar estable dentro del seno familiar, mantener lazos afectivos con aquellas personas que originaron su existencia y que forma natural le transmitieron parte de su identidad; así como a gozar de su educación, instrucción, compartir sus tradiciones, costumbres, valores, caracteres y formar parte de su biografía.

En el derecho comparado también hemos visto que los tribunales han resuelto a favor del derecho a conocer a los padres, pero sin desconocer las relaciones familiares ya establecidas, por ende, dan cabida a que los menores, sus tutores, o quienes los representen puedan iniciar cualquier acción destinada a la investigación de su filiación biológica, enfocándose en un objetivo informativo o en determinadas situaciones incluso con el fin de entablar relación con ellos.

Vamos hacer hincapié en el tema de la condición matrimonial o extramatrimonial del menor, por que anteriormente se ha mencionado sobre ello, pero no se ha realizado un análisis o aclaración sobre ese punto. En el código civil anterior, el de 1936, imperaba una distinción en cuanto a la condición de hijo: hijos nacidos dentro del matrimonio (legítimos) e hijos nacidos fuera del matrimonio (ilegítimos) reconociéndoseles más derechos a los primeros que a los segundos, en el código actual se eliminó esa distinción sin embargo se mantuvo los conceptos de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, ello no quiere decir que se incurra en discriminación sino se hizo mención para invocar el estado o la situación legal en la

que se encuentran. En tanto existe la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial y aunque los dos conceptos o figuras jurídicas tengan contenido distintos, ello no implica la primacía de ninguna sobre la otra, sino que en el sistema jurídico su configuración revierte distintos elementos por la naturaleza de su origen. De allí que es importante mencionar que, aunque las acciones a ejercer se den en circunstancias diferentes, el ejercicio del derecho de filiación, de relaciones paternas y otros derechos del niño se dan de manera uniforme y con el mismo grado de protección para todos los hijos sin importar la condición que tengan.

(MENDOZA, 1996) Para este autor si hablamos del derecho a conocer a los padres es importante enfocarlo y enlazarlo con el derecho a la identidad (por nuestra parte el derecho a la identidad ya ha sido tema de estudio en el presente trabajo y desde distintos enfoques). Toda persona independientemente de su estilo de vida se desarrolla de manera ininterrumpida desde que es fecundado, toda su vida implica una dinámica imparable que lo coloca en diferentes circunstancias o situaciones a las que él reacciona por estímulo, por voluntad o necesidad, y en todo ese proceso está impregnada la formación de su identidad, y su identidad se va evidenciando por sus características biológicas, con lo que nace, aprende, dice, omite y con lo que muestra o da. Actualmente el surgimiento de la ciencia nos hace posible afirmar que cada ser humano nace biológicamente con una identidad innata que delimita o marca la pauta a lo que vendría ser más adelante, sin embargo, la misma ciencia no podría negar que el ámbito en el que se vive o las personas que nos rodean apoyan a realzar actitudes, defectos, virtudes o características que si bien es cierto podrían estar ya determinadas, pero no estaban definidas. Entonces si la identidad implica la combinación de ambos el derecho de conocer a los padres sería una respuesta a la falta de continuidad que hubo entre lo que biológicamente se formó a lo que familiar y socialmente se está desarrollando.

### **5.2.2.- PROTECCIÓN JURÍDICA**

En cuanto a la regulación jurídica sobre el derecho a conocer a los padres, LA CDN en su artículo 18. 1 señala que EL MENOR SERÁ REGISTRADO EN EL MOMENTO DE SU NACIMIENTO, TENDRA DERECHO A UN NOMBRE... EN LO POSIBLE TENDRA DERECHO A SABER SOBRE SUS PROGENITORES Y SER CUIDADO POR ELLOS. Entonces resulta lógico que para asegurar la protección de los derechos que reconoce la convención, como el nombre, cuidado, etc., primero es necesario determinar a quién principalmente le asiste ese deber para con el niño, estando presente la madre o el padre se le puede atribuir a ellos estos deberes y también los derechos sobre el niño, como la representación legal, patria potestad, etc.

LA CONVENCIÓN en su artículo 9.3 hace mención que en tanto el niño no conviva permanentemente con uno o con sus dos progenitores, debe mantener relaciones filiales y familiares a fin de que siempre mantenga trato con ellos y siga experimentando vivencias continuas o regulares que le permitan seguir desarrollándose de la mejor manera. Puede darse también, que mantener ese tipo de contacto con los padres pueda ser difícil debido a la distancia en la cada cual que residen, en ese caso es imprescindible que se usen medios que permitan la comunicación, ya sea mediante el uso telefónico, mensajes de correos, cartas postales o cualquier otro que fuese factible para que hijo tenga la confianza de que puede escuchar a su padre en cualquier momento, sin embargo ello no implica dejar de lado el contacto físico que es importante para que ambos establezcan el nivel de comunicación y conozcan el nexo espiritual que lo une.

En pocas palabras la convención reconoce que y protege las relaciones que los hijos deban tener con sus padres como parte de su ciclo de vida.

Otro derecho amparado por la convención es el establecido en el artículo 9.3: el derecho a las visitas y las convivencias de los padres con sus hijos. Este derecho está ligado al anterior y a su vez está regulado bajo el mismo fundamento. Bajo esta lógica el régimen de visitas se impone cuando el niño está al cuidado directo de uno de sus

padres (el que ejerce la tenencia o patria potestad) y separado del otro padre. Ello quiere decir que a pesar de no ser el padre custodio del menor no conlleva a al alejamiento sobre el hijo, sino por el contrario, es allí donde se adoptan las condiciones necesarias para que el menor siga relacionándose al padre de manera comunicativa y compartiendo vivencias que resuelvan en seguir manteniendo latente el sentido de pertenecía de uno con el otro y no se vea interrumpida la vinculación afectiva y la formación que el niño este recibiendo de ambos padres.

Por último, el derecho de conocer a los padres al ser un derecho reconocido por la convención se convierte no solo en norma de carácter internacional sino en norma interna de orden constitucional, dado que al ser ratificada rige el sistema Peruano en materia de familia y filiación. Pese a ello es necesario acotar que pese a recibir toda la protección y tutela legal requerida debe practicarse de tal modo que no implique una infracción a los derechos del padre biológico.

### **5.3.- MECANISMOS O HERRAMIENTAS DE PROTECCIÓN AL MENOR EN PROCESOS O DECISIONES JUDICIALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA O SU SALUD PSICO-EMOCIONAL.**

LA CONVENCIÓN dispone que en el caso de que los estados que han ratificado la misma y que por ende la han hecho parte de su norma jurídica interna, deben establecer todas las medidas adecuados con el motivo de efectivizar la aplicación y la efectividad de las disposiciones que la convención protege. Para ello debe emplearse o adoptarse ciertos mecanismos o herramientas que permitan esa efectividad.

#### **MEDIDAS DE PROTECCION DE DERECHOS DEL NIÑO:**

- **PERSONAS O INSTITUCIONES ENCARGADAS DE LA PROTECCIÓN**

Las medidas que protegen los derechos del niño deben señalar a una persona, instituciones u organizaciones estatales, empresas privadas o a un grupo de los

mismos, a la cual se le otorga las atribuciones necesarias para cumplir lo acometido. En este caso específico las personas o instituciones de protección al menor son:

- Instituciones públicas de protección al menor (que más adelante especificaremos quienes tienen esa labor)
- Los padres
- Aquellas personas que tengan bajo su custodia al menor.
- Los encargados del establecimiento educativo: profesor, auxiliar de educación, director o subdirector.
- Los profesionales de salud que estén al cuidado del menor.
- Los que bajo determinación de la ley ejerzan la patria potestad, tenencia, tutela, así como sus representantes legales.

- **OBLIGACIONES DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS DE PROTECCIÓN AL MENOR EN UN PROCESO JUDICIAL.**

Los organismos o entidades públicas del estado, pertenecientes al GOBIERNO CENTRAL O LOCAL, en razón de sus atribuciones de protección a la familia, y en especial a los menores, tienen que realizar las siguientes disposiciones:

- a) Brindar apoyo o atención al menor cuando este lo requiera, dentro del uso de sus facultades o de ser el caso exhortando a la entidad correspondiente. En el caso de fiscalía o el poder judicial evidenciando el hecho a ellos a fin de que promuevan la acción correspondiente o tramiten la medida correspondiente.
- b) Analizar y estudiar los hechos demandados ante el órgano judicial o delitos denunciados ante fiscalía, toda vez que se adopten las medidas que corresponden.
- c) Proteger la esfera íntima de los niños, niñas y adolescentes en el proceso, guardando la reserva de los documentos e información recopilada.

- d) Poner al tanto al padre, la madre, representantes o quienes guarden la custodia del menor, sobre las condiciones o situación de estos últimos. Salvo información reservada.
- e) Incitar e impulsar la PARTICIPACION de la sociedad en la protección del menor en situaciones de vulnerabilidad.
- f) Promover las acciones concernientes a reducir o eliminar las causas que ponen en peligro o amenazan la estabilidad y los derechos de los niños, niñas o adolescentes.
- g) El acuerdo y la organización sobre acciones con entidades públicas u organismos independientes cuyo rol o función sea la protección del menor.

- **LA OPINIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES EN UN PROCESO JUDICIAL O ADMINISTRATIVO QUE LE AFECTE.**

La convención de los derechos del niño en su art. 12 ° regula, en otras palabras, el deber de asegurar que todo menor este en aptitud de tener una opinión, así como también de manifestarla con libertad en todas las situaciones que considere le afecten. Asimismo, debe valorarse esas opiniones según la edad del menor y madurez emocional. Así el mismo artículo más adelante menciona particularmente el derecho del niño a que pueda ser escuchado en proceso de carácter legal, administrativo o de otra índole, cuando esté en juego sus derechos o intereses.

Por tanto, en todo procedimiento que entre en conflicto sus intereses, deberá ser escuchado por el juez o la autoridad administrativa, teniendo en cuenta lo mencionado en el artículo 12 de la convención ya mencionada.

- **LAS MEDIDAS CAUTELARES ESPECIALES DE PROTECCION AL MENOR.**

En un proceso judicial, procedimiento administrativo o de otra característica, pueden solicitarse o dictarse de oficio medidas cautelares, con la finalidad de asegurar la protección del menor en cuanto a sus derechos. Entre las medidas cautelares mencionadas y dependiendo del caso específico pueden establecerse las siguientes:

- La entrega del niño a sus padres o quienes ejerzan la función de custodia o cuidado.
- Confiar su cuidado, en casos de suma urgencia, a una persona que según el juez o autoridad reúna ciertas características o en todo caso a algún integrante de su familia o parientes biológicos.
- Colocar al niño en una institución u organización estatal o privada de acogida de menores que cuenten con todas las condiciones necesarias para cumplir sus fines, y que cumplan con asegurar la protección. Incluso existe la posibilidad de integrar al menor a familias de acogida en donde van a otorgarle todos los medios necesarios para desarrollarse como tal.
- Hacer lo necesario para integrar al menor, a sus padres o personas que tengan su custodia a programas o políticas de apoyo y orientación a fin de encontrar posibles soluciones a los conflictos que pudieran estar viviendo.
- Suspender definitiva o temporalmente las relaciones del menor con otras personas que de alguna manera puedan ocasionarle secuelas o daños irreparables a su condición física o psicológica.
- Impedir o restringir la presencia física del o los ofensores en el hogar en común.
- Impedir o tomar medidas restrictivas a fin de evitar que el ofensor visite o frecuente el lugar de estudio, recreación o aquellos que el menor suela concurrir. En este caso el juez adoptará las medidas que el considere necesarias.
- Pueden establecerse medidas que implique que el niño asista a terapias psicológicas, tratamientos médicos, u otros especializados que le ofrezcan, en lo posible recuperación integral de su salud tanto física como emocional.

- Prohibir la salida del niño del territorio nacional a fin de evitar que se le sustraiga ilegalmente.

#### ▪ **SOBRE OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN**

(LARUMBE CANALEJO, 2002) La convención sobre los derechos del niño regula EL DERECHO DEL MENOR A QUE SE LE TOME EN CUENTA SUS OPINIONES EN UN PROCESO JUDICIAL O PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO en el cual estén en conflicto sus derechos. Y en cuanto a su estructura dicho derecho se constituye por dos componentes:

- 1.- el derecho a que sean escuchados;
- 2.- y que sus opiniones puedan tener incidencia, tomando en cuenta su madurez emocional, dentro de un proceso en el que esté involucrado.

Este derecho toma relevancia para los bien conocidos derechos procedimentales y es de recalcar que cuenta con el respaldo del interés superior del niño, ya que está contenido dentro de los derechos esenciales que se toman en cuenta en un proceso. Garantiza el acceso e involucramiento efectivo del menor en los actos procesales y de la audiencia. Ello se funda en que el menor en su condición, muchas veces es ajeno a lo que viene sucediendo en un conflicto de naturaleza legal y este derecho permite que él pueda expresar su voluntad, opinión, incomodidad, punto de vista con respecto de lo vivido, para que de ese modo el juez pueda tener la participación de todos los involucrados.

Los menores de edad en su calidad de poseedores de Derechos con carácter universal, los ejercen de manera gradual, según el aumento de independencia que adquieran, muchos llaman a esto: ADQUISICIÓN GRADUAL DE LA AUTONOMIA DEL MENOR. Ello implica que mientras menos es su edad cronológica más suelen actuar mediante otras personas (sus padres o quienes los representen). De esta manera en el caso de ejercitar su derecho a ser partícipe en procesos, también cumple

esta regla de ser gradual o progresiva, dado su edad representa su madurez por lo que tienen más comprensión de lo que sucede en su entorno, aunque ello no quiere decir darle mayor prioridad a los que tengan mayor o menor comprensión, sino que cada cual ejerce su derecho de ser partícipe de distinta manera y los jueces o autoridades deben acoplar situaciones con respecto a cada situación. Asimismo, es preciso mencionar también que lo mencionado no implica tener reglas o bases determinadas para la participación de cada niño en razón de su edad sino al contrario debe tenerse en cuenta que es necesario tomar medidas, pero sin dejar de lado la igualdad en el ejercicio del derecho. Por otra parte, en cuanto a la participación del menor en los procesos judiciales es en doble sentido dado que por un lado al ejercitar su derecho conlleva a que se determine como SUJETO DE DERECHOS, por otro que el juzgador reúna todos los elementos de convicción suficientes y tenga contacto con el menor a fin de forjarse una idea del caso materia de análisis. Existen determinados elementos que se tiene en cuenta en la participación del menor en procesos judiciales sobre cuestiones o conflictos que afecten su ESFERA JURÍDICA, y son:

1.- Sobre admisión de medios probatorios:

- a) La madurez del niño es primordial para establecer su participación en su proceso judicial más no su edad cronológica.
- b) El ejercicio de este derecho sin un fundamento determinante debe dar lugar a que se deba eximir de un proceso específico.
- c) La entrevista debe darse en lo estrictamente necesario para la resolución del conflicto.

2.- La entrevista con el menor tiene que darse en un lenguaje comprensible, sencillo y amistoso. Teniendo en cuenta que el menor tiene derecho a manifestarse consecuentemente no puede ser obligado a ello.

3.- La declaración del menor tiene que darse a ritmo de conversación, para ello debe darse que:

- a) El juzgador o autoridad que se entrevistará con el menor debe primero instruirse con un especialista que comprenda las conductas del menor e informarle sobre que asuntos versará la conversación y de qué manera sería la más adecuada.
- b) Es muy importante el ambiente en donde surja la entrevista dado que debe ser un espacio donde el niño se sienta cómodo y puede expresarse con soltura y no acechado u obligado a responder en un sentido contrario a lo que piensa.
- c) Durante el periodo de la entrevista en la que el menor se esté comunicando con el juez puede, a pedido de este o de la familia, estar presente un familiar, persona de confianza o el especialista de niños que asesoró al juez, con la finalidad de que pueda defender los intereses del menor y verifique que la diligencia se realice con el cuidado y las condiciones debidas.
- d) Debe quedar registrado toda la conversación y declaración hecha por el menor, en soporte papel, tecnológico o cualquier otro medio idóneo para poder reproducirse por posterioridad, así el registro y la constancia de todos los pormenores ocurridos durante la entrevista.

4.- Los menores pueden tener una entrevista directa con los jueces, no obstante ello, no implica que deban representarse directamente en todo el proceso o en el juicio, por el contrario, siempre deben actuar mediante sus representantes legales u otros en el caso de conflictos de intereses, para de ese modo asegurar se impulse el proceso de la manera más favorable a él en lo posible.

5.- Es el juez quien decide sobre las declaraciones realizadas por el menor, sin embargo, debe preguntársele si quiere la reserva de lo que se ha conversado en la entrevista o sobre lo que él ha manifestado con respecto a un tema, dado que se podría ocasionar problemas en su estado psicológico o emocional que pueda implicar desapego hacia sus padres o con quien tiene vínculo familiar.

En conclusión, es fundamental destacar la importancia del principio rector DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, y señalar que todas las decisiones o medidas que se tomen en un procedimiento administrativo o proceso legal deben estar delimitados por una interpretación acorde con este principio.

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO dispone que los derechos de los menores deben resguardarse con mayor ímpetu, y para esa protección no se espera primero la vulneración del derecho sino basta con la puesta en peligro o la amenaza inminente para poder decir que sus intereses están siendo afectados. Asimismo, una situación que implique que sus derechos corren peligro, de por sí, significa afectar el desarrollo normal o la estabilidad de la familia. Y tenemos que tener en cuenta que la familia como elemento básico de la sociedad es la institución que esta privilegiada por el estado en cuanto a su protección. Sumándose a ello la condición del niño dentro del seno familiar y su fundamental importancia en el amparo legal.

En el caso de las medidas que puedan privilegiar la interacción de los menores con sus parientes biológicos como causa de un proceso judicial de filiación en el cual el sentido de la declaración implique un cambio de paternidad, el juez en razón de los siguientes fundamentos y con ayuda de instituciones de protección al menor puede hacer efectivo las relaciones con el “declarado padre” y la familia de este.

LA CONVIVENCIA CON LOS PADRES y el derecho de visitas es una figura de carácter fundamental y cuyo fin es incentivar, promover y regular las relaciones entre miembros de la familia, en especial de padres a hijos. Con motivo de ello, en el ámbito legal podrían incluso tomarse estas medidas para el restablecimiento de vínculos paternos aun cuando la custodia del menor este a cargo de una tercera persona, que no fuesen ninguno de los padres. Ello tiene singular importancia siempre y cuando las relaciones que se puedan promover entre padres e hijos no afecte la salud integral del menor.

Además, haciendo mención a la CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, en su art. 5° y 8° establece el caso de la familia extensa, constituida por los padres, abuelos, sobrinos, abuelos, y demás, así como el derecho del menor a LAS RELACIONES FAMILIARES O VINCULOS ENTABLADOS DENTRO DEL SENO FAMILIAR.

Las normas jurídicas que mencionamos anteriormente indican que los que tienen el derecho a las vivencias y relaciones familiares no son los que se describen en el párrafo anterior sino los menores, toda vez que de esta manera se resguarda sus derechos de forma integral, impulsando su desarrollo personal, su salud física y mental, su educación, pertenencia a un grupo familiar, recreación, etc. En síntesis, el seno familiar debe garantizarle al niño en la medida de lo posible el disfrute de sus derechos.

De esa manera la familia del menor, padres, tíos, hermanos o abuelos cuya intención sea el de entablar acción judicial para hacer valer el DERECHO DE CONVIVENCIA, en este caso lo que se debe hacer primar es el derecho de convivencia del menor; por ende las medidas que se adopten para asegurar la eficacia del derecho petitionado no debe resultar impropia o inidónea para su satisfacción, debiendo excluirse la aplicación de medidas instauradas por formalismos o por el mero curso de un proceso, sino mediante su aplicación dependerá del análisis y evaluación de que va a resultar eficaz. De ello resulta que si en un proceso se determina como medida que el menor debe convivir con alguno de sus parientes (padres, abuelos, hermanos, etc.), será en atención al interés superior del niño que cautela las relaciones afectivas que pueda entablar el menor dentro de la armonía de un hogar familiar. En esta situación se evidencia claramente que uno de los derechos del menor está enmarcado en el supuesto de convivencia familiar: DERECHO A ENTABLAR RELACIONES FAMILIARES ESTABLES, que al igual que otros derechos, su pleno goce y eficaz ejercicio debe ser protegido por los jueces y autoridades administrativas correspondientes dentro del ejercicio de sus funciones, ya que siendo la familia la primera institución y base fundamental de la sociedad es lugar debe ser el lugar apropiado donde los menores desarrollen su personalidad y el medio adecuado para lograr que ese desarrollo se realice de la mejor manera.

Entonces el estado a través de sus órganos o entidades garantiza la plena eficacia de los derechos del menor y que estos crezcan en lo posible en un hogar familiar, en contrapartida con esto, el estado a su vez tiene la potestad, mediante la aplicación del

derecho, de crear las condiciones necesarias para que el niño crezca en un ambiente sano y afectivo, el primer lugar ideal sería la familia, sin embargo puede que por distintos motivos el hogar familiar pueda no reunir esas condiciones y por el contrario pueda ser perjudicial para el menor, ello conllevaría a que se evalué la posibilidad de integrar al niño a un ambiente familiar cercano al ya experimentado o uno distinto siempre y cuando sea lo más favorable al menor.

En conclusión, las medidas que se apliquen en razón de las relaciones de los niños, niñas o adolescentes con los integrantes de su familia debe GARANTIZAR su pleno ejercicio y no formalismos que no constituyan su eficacia. (CORNEJO CHAVEZ, 1998)

#### **5.4.- INSTITUCIONES INVOLUCRADAS EN LA PROTECCIÓN AL MENOR**

##### **a) EL PODER JUDICIAL**

El principal eje que delimitó la CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO fue reconocer la institución familiar como componente o elemento esencial, innato y necesario de una sociedad, en la que los menores desarrollan su vida, así como toda su personalidad y relaciones humanas; en este caso el padre, la madre y los demás familiares integrantes del hogar familiar asumen un papel importante con respecto al menor y son quienes ostentan derechos con respecto a él, pero también tienen deberes como: el deber de educación y cuidado. Entonces desde la delimitación de la Convención, el menor ya no es solo un integrante más de la familia sino una persona importante, trascendental e incluso el núcleo de vida de la misma familia. Asimismo, consecuentemente a ello es que puede tener opinión, y hacer valer su derecho a manifestarse, en razón de su madurez emocional, en un proceso judicial o administrativo que implique un conflicto a sus derechos o incida en su esfera jurídica. Los estados que han ratificado la convención y la hicieron parte de su norma jurídica interna, como nuestro país, están en la obligación de implementar políticas públicas,

o proyectos gubernamentales que se enfoquen en fortalecer los vínculos familiares y asegurar el apropiado rol del padre frente a los hijos.

Por ello, una directriz jurídica en temas jurisdiccionales de filiación o familia, es que de ninguna manera por parte de los órganos estatales pueden existir injerencias arbitrarias o parciales que afecten el normal desarrollo de la vida familiar, de la relación paternal y en especial de los menores.

El juez en materia de familia, no debe entrometerse en aquellas situaciones en que LOS DERECHOS ESENCIALES del menor están siendo vulnerados o amenazados por la madre, el padre, cualquier integrante de la familia o la persona que está a cargo o en custodia del menor.

Asimismo, las disposiciones establecen cual es el rol del juez y cuáles son las medidas a aplicar; por una parte, si bien es cierto el juez esta investido de todas las atribuciones correspondientes para aplicar las medidas necesarias que conlleven a proteger los intereses del menor, ello está ligado o pendiente a que existan programas o instituciones que cumplan la función de realizarlas o fiscalizarlas, así como de que existan programas con ese fin.

En este sentido es propio decir que los aplicadores del derecho (jueces) DEPENDEN de otro poder estatal para poder aplicar las medidas, ya que sus atribuciones no le permiten establecer políticas estatales encaminadas a ello, o establecer funciones a las demás instituciones gubernamentales.

Volviendo al tema de fondo, es preciso señalar que las decisiones del juez en los procesos judiciales muchas veces tienden a regirse por LAS MAXIMAS DE LA EXPERIENCIA, que permiten dar un indicador sobre cuestiones fácticas en el proceso, Por ejemplo: los padres usualmente no suelen ocasionar perjuicios premeditados en la salud integral de sus hijos, por el contrario, siempre cuidan su bienestar. Sin embargo, estas presunciones pueden ser descartadas mediante (examen médico legal, pericia, testimonio del menor o de algún testigo) que prueben un sentido contrario a lo que posiblemente la experiencia le dicte al juez. Las máximas de la experiencia si bien es cierto es importante para ponernos en distintas posiciones,

no es una regla inatacable regirse por ello, más si contamos con un medio probatorio idóneo que refute la hipótesis más racional.

En cuanto al cuidado de los hijos discutido en un proceso judicial, aunque exista un medio probatorio que establezca que personas distintas a los padres fueron los atacantes o agresores, no debemos olvidar que el estado coloca a los padres como primeros garantes de los hijos, y bajo esa lógica si mediante una conducta negligente o irresponsable no guardaron el cuidado debido con sus hijos, ello sugiere la imposición de medidas que de alguna manera reflejen la responsabilidad de los padres en esta situación.

Por una parte, podemos decir que los jueces no pueden sopesar en ellos mismos LA DINÁMICA DE LA FAMILIA, por otra, ello no implica que se excluyan del proceso en ese sentido, dado que el juez es un aplicador del derecho, pero también es protector de los intereses y derechos familiares debatidos en un proceso, pudiendo entrevistarlos a fin de escuchar de primera mano las conjeturas o conflictos que pudieran existir entre ellos. De allí que es importante la oralidad en todo proceso toda vez que el juez entra en contacto con las personas parte y puede estimar de alguna manera sus reclamos o sus peticiones; asimismo la concentración de actos procesales da lugar a que se elimine toda actuación innecesaria a la causa o la decisión del proceso. El rol del jugador es imperante al momento de escuchar a las partes en sus manifestaciones o alegatos durante las audiencias, dado que en cuestiones de familia la flexibilidad procesal está orientada a la buena marcha de las relaciones de los que integran el grupo familiar, porque lo que se busca es el acuerdo mutuo, la conciliación, el dialogo, la comprensión, el equilibrio y la armonía de estos integrantes y no una decisión aunque concreta pueda reflejar que el proceso fue ajeno a sus intenciones.

Los magistrados al momento de resolver una causa deben tener en cuenta LA RAZONABILIDAD Y LA PROPORCIONALIDAD de sus decisiones y que ello conlleve a una justa medida o aplicación de la norma, mucho más en temas de protección o derechos del menor en el que el principio rector del interés superior del niño le da al juez una alta gama de atribuciones que tiene que equipararlas con la responsabilidad absoluta de la salvaguarda y correcta interpretación de los derechos en conflicto. Las

decisiones judiciales deben tener en cuenta la realidad familiar antes de las situaciones netamente jurídicas; las decisiones que se tomen no solo deben resolver la causa momentánea del conflicto, sino deben arribar a eliminar la posibilidad de que el conflicto resurja, así como eventos o situaciones que puedan vincularse. De ser posible ello en los fallos judiciales equivaldría a la eficacia absoluta del proceso judicial y del buen desempeño del juez como mediador entre las partes y protector de derechos.

Entonces debemos de tener claro que lo que realmente importa es la EFECTIVIDAD DEL PROCESO Y DE LAS DECISIONES ADOPTADAS, sin embargo, no debemos olvidar de LAS MEDIDAS que el juez haciendo uso de sus atribuciones podía incluir en un proceso, dependiendo de las situaciones o circunstancias en la que se encuentre la condición del menor o las relaciones de familia.

Otro tema importante comentar es que si bien es cierto el magistrado aplica el derecho o la norma en cuestión, ya sea de carácter procesal o sustantivo, a lo que se supone su gran conocimiento sobre ello, también es relevante que tenga conocimiento fundamental sobre otras disciplinas que podrían ser auxiliares a su función, como: la sociología o la psicología, etc., que en gran medida suelen servir de complemento a lo que realiza. Por poner ejemplos, en las entrevistas con los niños debe destacar su función como psicólogo o especialista en menores dado que el niño puede encontrarse susceptible o intimidado, en los diálogos con los padres debe imperar su instinto psicológico, y entre otras situaciones que se dan en el proceso. Otra cuestión a mencionar es, como en capítulos anteriores se ha señalado, sobre la evolución de la familia, o en temas de filiación en las que la realidad fáctica y la cultura social con respecto a ello se ha desarrollado enormemente y se han producido grandes cambios, en la que la norma jurídica y la función judicial no deberían ser ajenos, más bien ello implicaría adoptar nuevas posturas, nuevas medidas o incluir otras a fin de acercarse jurídicamente a la realidad social de la familia y del niño.

Un tema aparte pero relevante para hacer mención en este punto es: LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD en contrapartida con EL ORDEN PÚBLICO, lejos de lo que se suele pensar, el límite que propone el primero es la ventaja o la concretación de lo que vendría a ser el segundo, claro sin dejar de lado lo que tratamos, en cuanto a temas

de familia o derechos del menor se refiere. Nadie puede negar que son términos distintos; sin embargo, no es correcto decir que cada cual posee un contenido que excluye al otro, mucho menos cuando estamos en un ESTADO DE DERECHO.

Por poco que parezca LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD está estrechamente ligada al principio de SOLIDARIDAD EN LA FAMILIA, dando lugar a que los magistrados y en general toda la comunidad encuadre o enfoque el derecho de familia desde esa perspectiva. Se produce con ello una variación en el rol que desempeña juez en todo proceso, ya que tiene que, en específico, involucrarse, con cuestiones que implican derechos familiares. Bajo sus funciones tienen gran contenido de CONFLICTOS HUMANOS, inconformidades, desacuerdos o discrepancias que no se han podido resolver por vía extrajudicial, por ende, el juez tiene que tener alto grado de conciencia del “poder” que el estado le delega y de la autoridad que representa; Su función lo obliga a conocer en amplia medida del proceso mediante una participación o involucramiento eficaz y pleno, a fin de cumplir el propósito encomendado.

## **b) EL MINISTERIO PÚBLICO**

La CONSTITUCIÓN establece que el MINISTERIO PÚBLICO es un organismo autónomo perteneciente al sector público, y entre sus funciones tiene a su cargo: la defensa del derecho, representante de la sociedad en los procesos judiciales, vela por la institución familiar, los niños y adolescentes, los incapaces, el interés difuso.

En cuestiones estadísticas podemos mencionar que los menores de edad en general representan casi el 50% de la población territorial en el Perú, es por ello que el legislador teniendo en cuenta esta situación fáctica o realidad, es que ha recogido las disposiciones establecidas en la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, lo ha encuadrado en su normativa jurídica interna y lo ha codificado, actualmente, en el CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES (D.L N° 26102 - vigente el 28/06/1993). Asimismo, ha experimentado modificaciones en el tiempo, toda vez que siempre se busca encuadrarse a la nueva realidad jurídica, unificar y fortalecer sus métodos, su lógica y su finalidad, para que se asegure de la mejor manera posible

la protección de los derechos de los menores, con el propósito establecido en la convención.

Nuestro estado para poder realizar el propósito encomendado por la CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ha establecido estrategias y políticas estatales de protección a menores, siendo impartidas estas por el periodo 2002—2010.

Asimismo, el ministerio público actualmente es una de las mayores entidades de protección a los derechos familiares y en especial del niño, se encarga de fiscalizar las funciones de distintos órganos que tienen como función la protección de los derechos del niño; también es parte en procesos que tienen que ver materia familiar, protegiendo los intereses del menor.

### **c) MINSA Y MIMDES**

- **El Ministerio de Salud del Perú**

Pertenece al PODER EJECUTIVO y se encarga de brindar atención de salud y bienestar, este ministerio tiene como finalidad disponer de toda el equipo humano y tecnológico para mejorar las condiciones de salud, con carácter general, a todas las personas, incluyendo a los menores, que tienen una singular importancia dada su situación en la sociedad. En el caso del niño además de aliviarlo de posibles enfermedades físicas, se encarga también de su bienestar psicológico, apoyándolo en el desarrollo personal. PROMUEVE campañas, políticas estatales, acoplamiento de áreas encaminadas a una mejor protección del menor, vacunación, charlas de salud, prevención y educación a la ciudadanía.

## ▪ **MIMDES**

- Instaura, ratifica y organiza la aplicación de campañas o políticas encaminadas al cuidado integral de los menores.
- Emite disposiciones administrativas con carácter general sobre el cuidado de los menores en una situación dada.
- Apertura investigaciones TUTELARES sobre menores en estado de ABANDONO y ejercita las acciones correspondientes al caso.
- Guarda los registros que corresponden a entidades privadas o de la comunidad que se refieren al niño, niña o adolescente.
- Norma la actividad de las instituciones públicas, de la comunidad, incluso también con personería privada, que realizan PROGRAMAS que benefician a los menores, así como también fiscaliza y analiza que esos programas persigan determinados objetivos.
- Protege el respeto y CUMPLIMIENTO a las disposiciones establecidas en la CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, EN EL CÓDIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE, y en general en la normativa jurídica interna.
- Remite a las autoridades correspondientes sobre sucesos de los cuales puede desprenderse la comisión de un delito o vulneración de derecho en agravio de un menor.
- Las demás que le corresponde según ley.

## **d) DEFENSORÍA DEL PUEBLO**

Es un órgano autónomo, creado por la Constitución de 1993.

Su sede principal está en la capital del Perú: Lima, y tiene representación para todo el territorio peruano.

En cuanto a su misión: Es resguardar los derechos que están contenidos en la constitución, que son primordiales para toda persona y, en general, la sociedad y el

estado Peruano; Así como vigilar y velar por que la administración pública cumpla su función de brindar servicios públicos dentro de las atribuciones que establece la norma.

LA DEFENSORIA DEL PUEBLO como órgano, es el encargado de la defensoría nacional, lo representa el defensor del pueblo y este último es electo por el congreso para cumplir un periodo de 5 AÑOS y debe tener como mínimo las dos terceras partes de votos del congreso; En cuanto a sus funciones tiene plena independencia en el cumplimiento de sus objetivos, pero siempre dentro del margen de las atribuciones que la ley le otorga.

Las funciones del defensor del pueblo no son equivalentes a las de juez o la de fiscal, sino que se centra en la resolución de situaciones conflictivas antes de proceder a la acusación; en el caso del juez o del fiscal, ellos dictan sentencias o promueven acciones en contra de personas que se ven involucrados en un proceso con incidencia legal, sin embargo el defensor no realiza esas labores sino establece propuestas o estrategias para mejorar la conducta personal o para prevenir la vulneración normativa.

En el caso de menores, el defensor interviene en situaciones de vulneración o amenaza inminente de derechos por parte de AGENTES DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA, instituciones u organismos estatales.

Un ejemplo claro en donde interviene la DEFENSORIA PÚBLICA, representada por su defensor público es cuando a pesar de haberse realizado la denuncia correspondiente, por parte del usuario en contra de la administración pública, por no permitirle acceder al servicio que brinda el estado mediante alguna entidad, no se toma ninguna acción, medida o se hace caso omiso a lo denunciado. Lo mismo en el caso de vulneración al derecho de educación, salud o agresión por parte de la fuerza pública y violación a los derechos humanos.

En el caso de menores la defensoría pública resguarda y preserva sus derechos

humanos. Vigila que la administración pública, servidores y funcionarios públicos que brindan atención a la ciudadanía cumplan sus funciones y que con ellas no vulneren sus derechos.

**e) DEFENSORÍA MUNICIPAL DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE- (DEMUNA)**

Otorga un servicio de cuidado integral a los menores. Su objetivo es proteger los derechos de los niños que el estado le otorga y reconoce, a fin de brindarles atención y apoyo cuando están en un estado de vulnerabilidad.

**FUNCIONES:**

- Tener conocimiento sobre el estado de los menores que están en situación de vulnerabilidad, con motivo de encontrar alguna solución o tomar alguna medida.
- Intervenir e interesarse por los menores cuando están en riesgo amenaza algún derecho reconocido por el ordenamiento legal.
- Suscitar la fortificación de vínculos entre integrantes de un mismo grupo familiar, posibilitando acuerdos o conciliaciones extrajudiciales, sobre alimentos, tenencia, etc. Siempre cuando en el ámbito judicial no existe pronunciamiento o esté en trámite algún proceso al respecto.
- Iniciar los trámites de colocación para un menor en situación de abandono.
- Promover que los padres accedan al reconocimiento voluntarios de sus hijos.
- Organizar PROGRAMAS para brindar apoyo a los menores que se encuentran trabajando.
- Dar apoyo y educar a la familia en situaciones críticas o vulnerables a fin de prevenir futuras denuncias o demandas judiciales.
- Poner en conocimientos a las autoridades sobre aquellos actos que constituyan delitos o faltas en contra de menores.

## **LABORES:**

- **Promoción de derechos**

- Se ejecutan acciones destinadas a orientar a educar a la sociedad sobre los derechos de los menores.
- Se realizan campañas, actividades didácticas y charlas a la comunidad informando sobre el rol de los padres con respecto de los hijos y los deberes que le corresponde por ello.
- Sensibilizar a la comunidad sobre evitar causas o factores de riesgo para los menores en la familia.

- **Atender casos**

Puede convocar a la familia o integrantes de la misma que estén en conflicto, o que se encuentren en tal situación que pueda conllevar a la vulneración de un derecho del menor, para que arriben a un acuerdo conciliatorio o se decida sobre el problema. Por otra parte, no tiene competencia para intervenir ante procesos llevados ante un órgano judicial. Por ello su actuar puramente conciliatorio y de manera extrajudicial.

Las situaciones en las que interviene la DEMUNA son:

- ALIMENTOS, a fin de que el padre que no esté al cuidado del menor le fije una pensión económica para que el niño pueda satisfacer sus necesidades, como: vestimenta, educación, etc.
- TENENCIA: se determina que padre según la situación en concreto es el que debe de estar al cuidado del menor.
- RÉGIMEN DE VISITAS: para el padre que no tenga la custodia del menor.
- VIOLENCIA FAMILIAR.

- **MALTRATO FÍSICO O PSICOLÓGICO:** causado a un menor, en este caso como el de violencia familiar se pone en conocimiento de los hechos a las autoridades competentes a fin de atender al menor y esclarecer los hechos.
- **DOCUMENTACIÓN INFANTIL:** es cuando un menor no cuenta con acta de nacimiento.
- **COLOCACIÓN FAMILIAR:** es cuando un menor está en situación de abandono o que sus padres por diversos motivos, temporalmente no cuenten con su custodia.
- **NO SE CUMPLEN CON SUS DERECHOS SOCIALES:** cuando sin alguna causa legal se le niega la matrícula escolar o en el centro de salud se le niega la atención.
- **VULNERACION A SUS DERECHOS:** cuando mediante alguna acción u omisión afecten con algún derecho fundamental del niño.
- **FILIACIÓN:** declaración de reconocimiento de hijos

- **Intervención de la DEMUNA**

La DEMUNA impulsa a los padres al reconocimiento de la paternidad de manera libre y voluntaria, concientizando y orientando sobre la importancia del vínculo filial tanto del hijo como del padre y la madre.

- **Orientación**

La DEMUNA brinda asesoría sobre aspectos legales de la condición del niño. Así como de los derechos que le son reconocidos por el estado.

- **Atención psicológica**

Tiene en orientar a la familia y a los niños sobre aspectos que tengan que ver con el comportamiento o la conducta humana. Así como brindar apoyo para superar situaciones emocionales o conflictivas.

- Dificultades de concentración y aprendizaje
- Comportamientos asociados a la ludopatía
- charlas de Pareja y familia
- terapias y atención psicológica sobre Autoestima
- **Conciliación**

Es una medida electiva o alterna para resolver controversias en materia familiar. La DEMUNA actúa como agente conciliador y tiene injerencia a efectos de que entre las partes puedan llegar a un acuerdo pensado y efectivo sobre alguna cuestión. En el caso de los derechos de los menores tiene que además procurar un rol protector de derechos en razón del interés superior del niño.

Tiene que tenerse en cuenta la voluntad de las partes para el acto conciliatorio, para ello debe informársele de los beneficios y de las desventajas de los acuerdos decididos, ello a fin de evitar futuros conflictos familiares.

**CAPITULO VI**  
**REGULACIÓN JURÍDICA**

## **6.1.- EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

### **ARTÍCULO 2°.-**

En su primer numeral hace referencia a derechos fundamentales de todo ser humano, como: la identidad, el cual ha sido analizado en un capítulo anterior y a la integridad física y espiritual de toda persona que también tiene incidencia en lo que se pretende establecer con el presente trabajo.

### **ARTÍCULO 4°.-**

Establece el margen de protección del estado peruano con respecto a los derechos de los menores, debido a su condición de vulnerabilidad, remarcan la importancia del matrimonio y la unidad familiar. Asimismo, establecen a estos últimos como elementos primordiales e importantes de la sociedad.

### **ARTÍCULO 6°.-**

Establece la participación del estado en la difusión de la paternidad y maternidad responsable, solo el tema que nos aborda en este trabajo es menester recalcar el objetivo por lo cual se plantea esta norma y la relación con el rol paternal en la vida de los menores. Protege la libertad de decisión de la institución del grupo familiar.

Por otra parte, establece el deber de los padres de bríndales educación, alimentación y protección para su adecuado desarrollo personal, regula también la igualdad de filiación con respecto de los hijos (hijo matrimonial y extramatrimonial) en sus derechos.

## **6.2.- EN EL CÓDIGO CIVIL**

### **ARTÍCULO 233.-**

Manifiesta la importancia del reconocimiento legal que se le da a la familia, así como su establecimiento dentro del sistema jurídico, lo que implica que ello debe encuadrar

dentro del marco normativo vigente en concordancia con las disposiciones normativas y los principios que inspiran el derecho peruano.

#### **ARTÍCULO 235.-**

Establece el deber de los padres a la salvaguarda, instrucción y educación de los niños de acuerdo a su condición y posibilidades.

Establece la igualdad entre los hijos.

#### **ARTÍCULO 236.-**

Establece que el vínculo biológico determina el parentesco familiar por naturaleza, que tiene una y otra persona.

Con respeto al grado de familiaridad o parentesco esta se determina según las generaciones que te precedan.

En capítulos anteriores habíamos tocado el tema de la filiación biológica y la filiación psicoactiva, esta última es la que toma importancia en el tema en cuestión por que expone una situación latente en nuestra sociedad.

#### **ARTÍCULO 361.-**

También habíamos analizado sobre lo que regula este artículo, que es la presunción PATER IS: el niño nacido dentro del matrimonio se presume la paternidad al marido.

#### **ARTÍCULO 362.-**

Establece la presunción: todo niño nacido en un matrimonio tiene por padre al marido, aunque la esposa haya manifestado que no es de él o se haya probado su adulterio.

#### **ARTÍCULO 363.-**

Sobre esta norma, se faculta al marido a negar la paternidad cuando tenga la creencia de que el hijo que ha reconocido como suyo no lo es, y puede darse bajo los siguientes

supuestos: si el nacimiento se produce antes de 180 días computados desde celebrado el matrimonio; cuando ambos cónyuges no han cohabitado en los primeros 121 días de 300 anteriores al nacimiento; en el caso de impotencia absoluta; por último, cuando se pueda probar la paternidad tajantemente mediante una prueba genética o científica, o de otra índole que produzca convicción sobre la filiación.

Sobre lo regulado por esta norma, ha sido materia de análisis en el capítulo sobre filiación, su importancia como ya se ha mencionado anteriormente es para explicar nuestro punto de vista sobre las normas sobre filiación y expandir un poco los criterios vertidos por la doctrina, así como los fallos emitidos por los órganos jurisdiccionales, que a nuestro parecer invocan la norma pero en contravención con el principio del interés superior del menor, o aun mencionándolo como parte de sus argumentos no sugiere una aplicación efectiva, ni mucho menos adopta medidas que impliquen la protección del menor más allá del pronunciamiento del derecho reconocido.

#### **ARTÍCULO 366.-**

Sobre este artículo Emilia Bustamante Oyague manifiesta que (GACETA JURIDICA, 2007), de acuerdo con la presunción legal PATER IS EST el marido dentro del matrimonio es considerado como Padre(según artículo 363) sin embargo y excepcionalmente y por razones justificadas puede contradecir su paternidad. En ese sentido nuestra legislación civil nos permite rechazar la acción contestatoria de paternidad. Y únicamente bajo estos supuestos: si es que el marido anteriormente al matrimonio o la reconciliación supo del embarazo de su cónyuge; mediante el acto manifiesto de reconocimiento por parte del marido, esto supone la admisión de la paternidad lo que posteriormente no podría contestar o negar su propio acto; y por último, la muerte del hijo, debido que carece de objeto determinar la paternidad, salvo de que por distintas circunstancias esclarecer la relación filial tenga singular importancia.

### **ARTÍCULO 367.-**

Manuel Muro Rojo comenta que (GACETA JURIDICA, 2007), en primer lugar se le da la posibilidad al presunto padre de negar la paternidad atribuida, con respecto al hijo de su esposa, y sobre esta última se exime la posibilidad de que pueda accionar con la contestación de paternidad del marido, dado que ello significaría la afirmación de un adulterio lo que conllevaría a una infracción a las norma: de nadie puede fundar una demanda en un hecho propio.

Pero sobre el mismo también se concede la opción para practicar esta acción a los herederos y ascendientes bajo los supuestos establecidos en el artículo en mención y cuyo fundamento radica en un legítimo interés económico, como el caso de una sucesión.

### **ARTÍCULO 368.-**

Emilia Bustamante Oyague (GACETA JURIDICA, 2007) Comenta sobre el presente artículo: esta norma permite que los parientes (ascendientes) demanden con la acción contestatoria para negar la filiación del marido, cuando esté imposibilitado, según los supuestos de incapacidad establecidos en los artículos 43° y 44° del código civil. Y en todo caso puede accionar el marido dentro de 90 días del cese de su incapacidad.

### **ARTÍCULO 386.-**

Enrique Varsi Rospigliosi (GACETA JURIDICA, 2007)menciona que el contenido de esta disposición se vincula con lo establecido en el art 361 en cuanto el matrimonio como figura trascendente del derecho de familia que resguarda la concepción y el nacimiento como hechos jurídicos, este también fundamenta la condición de extramatrimonial de los hijos que no nacen dentro del matrimonio y de matrimoniales para los que sí. Es importante volver a mencionar que ello no supone un acto discriminatorio o denigratorio, sino una simple tipificación a su estado filial.

### **ARTÍCULO 387.-**

Según Jorge Santisteban De Noriega (GACETA JURIDICA, 2007): esta norma dispone que son elementos probatorios para demostrar la declaración filial de hijo extramatrimonial: por un lado el reconocimiento y por otro la resolución judicial firme que determina la paternidad. Asimismo, no existiendo la base del matrimonio, la presunción PATER IS EST (de hijos matrimoniales) no se aplica para los hijos matrimoniales.

#### **ARTÍCULO 388.-**

(GACETA JURIDICA, 2007) De la manera en cómo ha sido dispuesta en nuestras normas civiles, supone que al reconocimiento filial como un acto que puede ser realizado indistintamente por los padres, o de manera conjunta. Y que la manifestación de voluntad realizada lo vincula personal e individualmente.

#### **ARTÍCULO 389.-**

Alex placido Vilcachagua (GACETA JURIDICA, 2007), menciona con respecto a esta norma que, nuestra legislación difiere del resto de los sistemas jurídicos, en este caso, que

Algunos sistemas jurídicos disponen el proceso de aprobación judicial del reconocimiento de los abuelos, en nuestro caso debe cumplirse con los requisitos para que ese reconocimiento surta efectos. Entonces en razón del interés superior del niño también debe entenderse que solo UN ABUELO DE LA MISMA LINEA puede reconocer al menor. Si los otros ascendientes discreparan en esto, deberán efectuar la acción de impugnación, por tener legítimo interés para ello.

#### **ARTÍCULO 390.-**

Enrique Varsi Rospigliosi (GACETA JURIDICA, 2007) expresa que el acto de reconocimiento debe revertir solemnidad, deber ser inequívoco y manifiesto, dado que contiene la afirmación del padre con respecto a la paternidad del hijo y de allí su importancia. Ello supone que dicha voluntad debe estar contenida en documento

fehaciente que exprese y represente la legitimidad de lo manifestado: testamento o escritura pública.

#### **ARTÍCULO 391.-**

Esta norma si bien no requiere una interpretación profunda sin embargo precisa un punto interesante, la manera de realizarse el reconocimiento, a fin de que esta revista un acto valido y eficaz jurídicamente, trascendiendo a la esfera jurídica de los hijos, de los padres y de la familia.

#### **ARTÍCULO 393.-**

Enrique Varsi Rospigliosi menciona (GACETA JURIDICA, 2007), con respecto a esta norma cuya importancia gira en el reconocimiento: siendo el reconocimiento un acto jurídico que supone una declaración sobre una situación filial que involucra la institución familiar, tiene que llevarse a cabo por persona idónea y con la capacidad legal necesaria para que pueda ser legitima y surtir sus efectos jurídicos, de ello que la norma dispone de ciertas solemnidades para que se dé su realización.

#### **ARTÍCULO 395.-**

Enrique Varsi Rospigliosi (GACETA JURIDICA, 2007) siguiendo con la importancia del reconocimiento como acto jurídico en filiación, menciona que otro objeto y trascendencia del reconocimiento es determinar a través de la manifestación de voluntad del padre el lazo filial estos y sus hijos. La expresión no admite modalidad sugiere un acto puro y simple que establecen y fortalecen los lazos afectivos y familiares entre los hijos y los padres que sin injerencias externas ni bajo ninguna condición manifestaron su voluntad de aceptar la paternidad. En cuanto a la irrevocabilidad ello sugiere no ir en contra de las consecuencias jurídicas de nuestros propios.

### **ARTÍCULO 396.-**

Alex placido Vilcachagua (GACETA JURIDICA, 2007): según lo dispuesto por esta norma no se puede seguir insistiendo en la idea de que pueda la filiación matrimonial coexistir con la extramatrimonial, dado que la paternidad bajo el vínculo matrimonial del esposo con respecto a su mujer puede ser contradicho por este, como ya se ha señalado en artículos anteriores, y de ser este el caso, entonces recién podría establecerse una filiación extramatrimonial.

### **ARTÍCULO 399.-**

Haciendo un resumen de ello, esta norma establece que el reconocimiento filiatorio puede ser contradicho por LA ACCIÓN DE INVALIDEZ o, de ser el caso mediante, la de impugnación sobre filiación. La primera tiene que ver con la validez del acto jurídico, mientras las segundas tienen como fundamento en el vínculo biológico. Temas importantes y desarrollados en el presente trabajo, y cuyo punto de vista se ha ido exponiendo en cada capítulo.

### **ARTÍCULO 400.-**

Sobre esta norma se ha desarrollado de manera extensa incluyendo análisis jurisprudencial que dejó zanjado nuestro punto de vista. Y cuyas resoluciones e interpretación doctrinaria han sido importante para establecer la necesidad de medidas que protegen en la medida de lo posible los intereses del menor, en los cambios de paternidad, generado por los procesos de filiación.

### **ARTÍCULO 413.-**

Sobre este artículo, se tiene una pequeña reseña historia, Patricia Simón Regalado (GACETA JURIDICA, 2007) menciona: anteriormente a la vigencia del actual cuerpo normativo civil (código civil) no cabía la posibilidad de aportar al proceso judicial pruebas científicas para establecer el vínculo biológico del menor con el presunto padre. Ello motivado por la estabilidad y tranquilidad de las relaciones familiares, en especial de aquellas que estaban fundadas en el matrimonio, para así evitar posibles

divorcios y factores de riesgo que conlleven a desestructurar la unión familiar. Ahora con el actual código se eliminó esa imposibilidad y se pueden ofrecer pruebas científicas para determinar el vínculo biológico.

### **6.3.- CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**

(JURISTA EDITORES, 2010)

#### **ARTÍCULO I.-**

Sobre esta primera disposición, es esencial debido que establece su principal objetivo: los derechos del niño y del adolescente. El presente trabajo ha delimitado la edad cronológica de los menores que podrían verse involucrados en la problemática que se analiza, la que comprende entre 7 y 14 años de edad, delimitada por razones psicosociales, que a su vez involucra el ámbito de protección de este código. De allí que la cita a esta norma no solo es referencial sino sienta las bases para la argumentación que se vierte sobre medidas proteccionistas a favor de los menores, dado que en esta norma encuentra su sustento.

#### **ARTÍCULO II.-**

Este artículo establece aquellos que son objeto de protección legal, como ya lo habíamos mencionado: el niño y el adolescente, cuya protección es de carácter especial.

#### **ARTÍCULO IV.-**

Se establece que el niño y el adolescente debido de su condición personal y por estar en proceso de desarrollo y madurez cuentan con derechos propios además de los que tienen por su naturaleza humana. Asimismo, pueden establecerse régimen que asistan a la realización íntegra de sus derechos. Sobre este punto es importante

remarcar debido que nos permite analizar la viabilidad de nuestra problemática a partir del alcance normativo existente.

#### **ARTÍCULO VI. -**

La protección del niño es importante dentro de un sistema jurídico, sin embargo, de ello también se desprende la protección a su madre y los integrantes del grupo familiar al que pertenece.

#### **ARTÍCULO VII.-**

La protección legal al menor encuentra sustento en distintas normas e incluso de otras ramas del derecho, constitucional, penal, procesal, etc., de ello que se tendrá en cuenta también las normas que lo involucran y de disciplinas complementarias, incluyéndolas de orden internacional ratificadas por nuestro estado.

#### **ARTÍCULO VIII.-**

El estado peruano tiene entre sus deberes proteger la institución familiar, velar por la correcta aplicación de normas y principios dispuestos en la presente ley y por la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL MENOR.

#### **ARTÍCULO IX.-**

Esta norma establece que en toda medida estatal que se adopte, en las diferentes instituciones públicas o privadas deberá regirse por el principio del interés superior del niño.

#### **ARTÍCULO X.-**

El estado asegura que el órgano jurisdiccional actuara bajo una dirección especializada en el caso de procesos que involucre intereses de los menores.

#### **ARTÍCULO 4º.-**

Expresa el bienestar integral del menor y su libre desarrollo personal y social. Ello implica que no será sometido a una situación extrema que implique vulneración a sus derechos o menoscabo personal.

#### **ARTÍCULO 6º.-**

Establece el derecho de identidad del menor, que ha sido extensamente desarrollado en capítulos anteriores, y los demás derechos que involucra. Así como el libre desarrollo de su personalidad que está ligado con la identidad individual.

#### **ARTÍCULO 8º.-**

Establece el derecho del menor de crecer y formarse dentro de un ambiente familiar. Asimismo, que estos no deberán ser alejados de su entorno familiar sino en una situación especial y excepcional, y solo para evitar ponerlos en riesgo. También recalca el deber de los padres en la protección de sus hijos.

#### **ARTÍCULO 9º**

En un proceso judicial en el que se discuta sobre los intereses o derechos de los menores es importante que las opiniones de estos sean escuchadas y tomados en cuenta, siempre que estos, debido a su madurez emocional puedan constituirse un criterio. Sobre este tema es menester señalar que también ha sido desarrollado en el presente trabajo, debido que se enfoca en las decisiones judiciales tomadas en un proceso judicial que involucra derechos de menores.

#### **ARTÍCULO 27º.-**

Es muy importante que el estado disponga de manera legal a distintas entidades y órganos públicos para que fiscalicen o ejecuten actividades o programas para fomentar o salvaguardar los derechos de los menores, ello es base para el presente trabajo, dado que confirma la idoneidad de nuestro planteamiento, toda vez que la

protección del menor va más allá de una decisión o medidas estrictamente jurisdiccionales, según lo he fundamentado.

#### **ARTÍCULO 28º.-**

Esta norma establece las instituciones que actuarán como especialistas o colaboradores en asuntos de familia y, especialmente, en atender a la protección de los derechos de los niños y adolescentes, tema que nos trata, como el caso de PROMUDEH que tiene como objetivo buscar y efectivizar medidas de protección para los menores.

#### **ARTÍCULO 29º.-**

Establece las funciones del MIMDES, entre ellas de gestionar y coordinar políticas para atender al menor en distintos ámbitos, investigar actos de vulneración a sus derechos, vela por la correcta aplicación de la convención de los derechos del menor, así como toda norma concerniente a los menores.

#### **ARTÍCULO 33º.-**

Establece que las actividades o programas para proteger y cumplir con la eficacia de los derechos del menor deben estar enfocados en determinadas situaciones, delimita y establece las situaciones. Ello es importante a fin de establecer un margen de protección de las políticas que se desarrollan.

#### **ARTÍCULO 35º.-**

Dispone la gestión de programas para los menores en condiciones especiales ya sea como causa de su personalidad o por una situación social.

#### **ARTÍCULO 42º.-**

Otra institución que tiene un rol importante en la protección del menor y que actúa a nivel local es: la defensoría del niño y adolescente. Para efectivizar las decisiones judiciales y como órgano de apoyo por delegación, debería tenerse en cuenta, ya que

el acceso el fácil sin embargo pocas personas son las que tienden a recurrir a ellos como ayuda, por desconocimiento.

#### **ARTÍCULO 44º.-**

Establece la capacidad del personal especializado que deberá integrar la defensoría, cuyo objetivo será la atención y protección de los menores y la familia. Sobre estas instituciones hemos analizado sus funciones en un capítulo aparte, sin embargo, estamos encontrando la fuente legal que ampara nuestro planteamiento a fin de viabilizarlo.

#### **ARTÍCULO 136º.**

Este artículo reviste mucha importancia, dado que dispone que el juez como director de todo proceso puede disponer de las instituciones para que, dentro de sus funciones, puedan apoyar su labor e incluso esclarecer los hechos, mencionaría que mayor importancia tendría si dispone que estas instituciones apoyen las medidas que pueda plantear el juez en un proceso para mayor protección de los derechos del menor, más si existen muchas instituciones que podrían lograr ese objetivo.

#### **ARTÍCULO 138º.-**

El fiscal también toma parte de velar por los derechos de los menores y garantizar el cumplimiento del mismo, según el ejercicio de sus funciones, iniciando las acciones legales correspondientes ante alguna vulneración de sus derechos.

#### **ARTÍCULO 144º.-**

Establece las funciones de los fiscales, como protectores de los derechos del menor, es importante su papel en todo proceso porque actúa protegiendo los intereses de los niños, incluso en temas familiares. Entonces el estado ha delegado gran cantidad de funciones a las distintas instituciones para la protección del menor, sin embargo estas no se encuentran conectadas, a fin de viabilizar sus objetivos y permitir colaboración entre ellas, e incluso con el aparato jurisdiccional, sin que ello implique que estas

instituciones realicen labores judiciales, o que los jueces realicen actividades administrativas, sino como forma de efectivizar las medidas establecidas en un proceso, dado que la mayor problemática de las resoluciones deviene de falta de concretización de las medidas o por que estas no obtienen los resultados esperados.

**CAPITULO VII**  
**LEGISLACIÓN COMPARADA**

## **7.1.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

### **7.1.1.- ESPAÑA**

#### **PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL**

##### **PLANTEAMIENTO DEL CASO:**

El T.C de España, el día 26 de Mayo del 2005 resolvió por la declaración de inconstitucional del primero párrafo del ARTÍCULO 136 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

El primer párrafo del artículo en cuestión menciona que el esposo no podrá accionar por la impugnación de paternidad después del plazo de un año, se computa este plazo a partir de que se inscribe la filiación en el registro correspondiente, pero el plazo no se tendrá por computado si es marido desconoce el nacimiento.

##### **ANTECEDENTES:**

Con fecha 25 de octubre de 1993 el padre impugnó la paternidad de su hijo, nacido el 18 de abril de 1992 manifestando que la apariencia física del niño lo llevó a tener sospechas sobre la infidelidad de su esposa, por ello se realizó el examen científico sobre paternidad biológica (ADN), el que resultó NEGATIVO sobre la paternidad del niño.

Cuando la demandada (esposa) fue emplazada con la demanda, contestó con una EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD, amparándose en el ARTICULO 136, norma antes mencionada, dado que el niño había sido inscrito en el registro civil 2 días después de nacer, por ende y en tenor del artículo 136, desde esa fecha a la interposición de demanda de impugnación ya había pasado mucho más de un año.

El accionante ante ello, argumentó la inconstitucionalidad del artículo en mención, en el sentido que, el modo como dicha norma establecía el cómputo del plazo infringía

derechos constitucionales, como: el de IGUALDAD ANTE LA LEY en la medida que en el plazo de caducidad para otras figuras jurídicas, la caducidad empieza a computarse desde haber tomado conocimiento del acto o a partir de un hecho que ponga en evidencia alguna sospecha, de tal modo que dé lugar al actuar del interesado; TUTELA JUDICIAL EFECTIVA toda vez que el plazo de caducidad lo inactiva para ejercitar una acción legítima en razón de la verdad jurídica, y de la cual su negligencia o actuar no dio cabida; por último LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.

Ante ello el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL sostuvo con sólida motivación que el artículo 136 del código civil español vulneraba LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD, por tanto, manifestó su INCONSTITUCIONALIDAD. Entonces al no aplicarse el plazo de caducidad previsto por el referido artículo, aun cuando haya pasado más de un año desde la inscripción de la paternidad en los registros civiles se puede interponer la acción de impugnación de filiación, sin importar si ignora o no sobre la real paternidad del hijo.

### **7.1.2.- ARGENTINA**

**LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL PADRE BIOLÓGICO PARA IMPUGNAR LA PATERNIDAD MATRIMONIAL (IMPUGNACION DE FILIACIÓN MATRIMONIAL, 2007).**

**Impugnación de filiación matrimonial- (segunda cámara de Apelaciones en lo Civil de Mendoza - fecha: 18 de diciembre del 2007).**

Se interpone acción de impugnación de paternidad sobre hijo nacido dentro del matrimonio (filiación matrimonial). El accionante solicita que se resuelva por la INCONSTITUCIONALIDAD del art. 29 DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, el mismo que establece que las personas que se encuentran legitimadas para impugnar la

filiación matrimonial son, el hijo cuya paternidad se discute, el padre que registró al hijo como suyo, así como los herederos de este. Sus argumentos fácticos fueron los siguientes: menciona que sostuvo una relación sentimental con una mujer casada, que si bien ella estaba separada de hecho de su marido aún no habían roto legalmente el vínculo matrimonial dado que no estaban divorciados. Producto de esa relación ambos procrearon un hijo, posteriormente por motivos de caracteres se separaron y la mujer volvió con el marido, tiempo en el cual nació el niño, el nacimiento fue con fecha 04/99, día en que él (accionante) se encontraba de viaje tramitando su documento de identidad.

Por tanto, el reconocimiento de paternidad sobre el niño lo realiza el marido, siendo registrado con fecha 02/2000.

El accionante manifiesta que no estuvo presente para el nacimiento ni el registro del menor porque había extraviado su documento de identidad y viajó a tramitarlo, e inesperadamente cuando volvió le informaron que ya se había producido la inscripción de la paternidad del menor.

EN PRIMERA INSTANCIA: se rechaza la demandada toda vez que no existía legitimación para demandar por parte del accionante, asimismo no cabe la petición sobre inconstitucionalidad del artículo referido por el demandante.

Sobre los hechos manifestado por las partes que fueron probados, aunque no fueron materia de controversia, son: la relación sentimental del demandante con la demandada durante el lapso de separación de hecho de esta última con su esposo; la inscripción del menor en el registro personal donde se indica el reconocimiento de filiación del niño, lo que le da la calidad de hijo matrimonial; la prueba genética de que el niño es hijo biológico del accionante.

En el momento de la decisión final de primera instancia el juez analiza los hechos manifestados por las partes y concluye que: que si bien es cierto el componente genético es una pieza importante en la identidad del niño, ello no quiere decir que la filiación que no tenga ese elemento va a resultar perjudicial para el menor. Sobre esto

debemos tener en cuenta que el interés superior del niño protege el desarrollo de su identidad y la estabilidad en la relación familiar. En el caso en particular el menor está vinculado afectivamente a los integrantes de su familia por tanto está desarrollando su identidad personal sobre ese entorno.

En cuanto a la conducta del accionante, EL JUEZ manifiesta que: se reclama la paternidad a estas alturas pese a haber sido un padre ausente en el tiempo en que su hijo más protección requería, sin embargo, ahora que el menor tiene estabilidad familiar y goza de la protección de un padre, tiene intenciones de reconocerlo.

Por otra parte, EL DERECHO A LA VERDAD sobre su origen no puede negársele al menor, por ello los padres que están a cargo de él, tienen el deber de darle a conocer sobre su procedencia genética.

Después del fallo en primera instancia, el accionante interpone recurso de apelación bajo los mismos argumentos que la demanda.

En apelaciones se denegó la demanda, sin embargo, no se sustentó en la falta de legitimidad del accionante, al amparo del artículo 259 del CC, sino en un principio rector y clave para la protección de los derechos del menor: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

En cuanto a la falta de legitimación para impugnar la filiación matrimonial por parte del padre biológico, argumenta y se pronuncia en apego a la doctrina ecléctica, sugiriendo la inconstitucionalidad del artículo 259 del código civil en razón de encontrarlo contraproducente con el interés superior del niño. Pese a ello considera la estabilidad, el estado de familia y la identidad formada del menor, con respecto a las figuras paternas establecidas, elementos importantes para denegar la demanda.

#### OPINIÓN SOBRE EL CASO:

Las decisiones tomadas en las dos instancias fueron argumentadas en razón del interés superior del niño. En el caso en específico, el menor se desenvuelve y crece en un ambiente familiar afectivo, en el que tiene la figura paterna presente está muy

arraigada a su identidad familiar y personal, dado que no solo estamos ante el supuesto de que su padre es... sino es hijo de... y sobre ello ha ido formando la FAZ DINÁMICA de su identidad.

## **EL LLAMADO HARD CASE... UN CASO COMPLICADO.**

### **PREÁMBULO SOBRE EL CASO**

En este caso en particular se menciona mucho el concepto del interés superior del niño. Entonces cabría delimitar cual es el interés superior de una menor de alrededor de 8 años que está a cargo de una FAMILIA GUARDADORA desde el día siguiente a su nacimiento y cuyo progenitor demandó desde ese momento se le reconozca la paternidad con respecto a ella.

En primera instancia se hizo alusión al interés superior del niño, sin embargo, en mención a ello se protegió la estabilidad de la familia guardadora y no a los derechos de identidad y el de vivir en familia. Derechos que además son establecidos como fundamentales en la convención sobre derechos del niño.

Aquella sinrazón también se muestra en el desmedido tiempo que tarda un proceso sobre paternidad; sin embargo, el progenitor se vio obligado a realizar dicho trámite judicial debido a que en los registros se le negó la posibilidad del reconocimiento voluntario, en total desmedro de lo establecido en EL ARTICULO 248 DEL CC.

Con respecto de los fallos, estos no ahondan en el estudio, argumentación o análisis de los derechos que se discuten, sino que emiten pronunciamientos parcializados, totalmente arbitrarios, enfocados desde el punto de vista de los que decidieron, perjudicando el interés de quien realmente deben proteger: del menor.

Nuestra opinión al respecto es que, aquel que en un pronunciamiento, fallo o medida se sustente en el interés superior del niño, deberá hacerlo desde un margen de interpretación global de todas las disposiciones establecidas en la convención. El interés superior del niño no es solo un concepto superfluo o sin contenido, que solo se puede citar sin arribar a una interpretación sobre el conjunto de normas que lo

inspiran, por el contrario, se originó como directriz para delimitar, moldear y homogeneizar el sentido de las decisiones judiciales a fin de evitar discrecionalidades por parte de los operadores de justicia.

En cuanto al interés superior del niño, se debe emplear de tal manera que procure la satisfacción integral y plena de los derechos del menor, y evitar la mínima restricción, la interpretación parcializada o individualizada de ellos.

### **ARGUMENTOS Y ANÁLISIS DEL CASO**

Sobre el caso en mención, antes de realizar el análisis de los temas discutidos. Mencionaremos que es lo que la convención señala por INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: Teniendo en cuenta las disposiciones de la convención: es aquello que procura la máxima satisfacción, completa y simultánea de los derechos del menor y con las garantías que esta misma establece.

Vamos realizar el análisis de los temas relevantes en el presente caso y de las circunstancias fácticas que lo sustentan, a fin de tener una idea concreta y definida sobre el rol del interés superior del niño como garantía protectora de sus derechos.

- **Violación del derecho a la identidad**

De acuerdo con la decisión de primera instancia, la custodia de los guardadores constituía motivo suficiente para garantizar el derecho de identidad de la menor, ya que en un momento de su vida la niña llegó a saber sobre la existencia de su progenitor y por ende no se extinguieron los vínculos con la familia biológica.

Sobre esta posición discrepamos dado que, el hecho de que la niña sepa sobre su filiación biológica no implica que disfrute absolutamente su derecho de IDENTIDAD. No olvidemos que la IDENTIDAD está constituida no solo por el elemento estático sino también dinámico, este último se construye a partir de las vivencias entre padre e hijo, de los vínculos afectivos, de la comunicación, de compartir experiencias, etc. Bajo el contexto y las circunstancias que revisten al caso, alejar a la menor de formar un

vínculo con su progenitor conllevaría a vulnerar su derecho de identidad, ya que desde el inicio de su etapa vivencial pudo mantener una relación filial y familiar con él, sin embargo, le fue negado.

- **Proceso de reconocimiento de filiación.**

El padre biológico interpone acción de filiación para que se le reconozca la paternidad de la menor, sin embargo, el proceso fue demasiado dilatorio, pese a ello se vio en esa obligación, toda vez que en los registros civiles no se le dio la posibilidad del reconocimiento.

- **Proceso de guarda:**

El procedimiento por el cual se le dio a la familia la guarda de la menor también muestra irregularidades explícitas que originaron el perjuicio producido a su DERECHO DE IDENTIDAD.

Mediante la LEY 24. 779 se estableció la GUARDA PREVIA A LA ADOPCIÓN (pre adoptiva), en esta disposición se incorpora muchos cambios para asegurar la salvaguarda del menor, uno de ellos es la exigencia al aplicador del derecho o juez de realizar una estricta observación o revisión legal sobre la situación del menor adoptante.

A partir de ello, el juez debe averiguar y obtener información sobre la situación y la condición en la que se encuentra el menor, incluyendo los datos sobre su familia biológica, incluso se hace extensivo este requisito a toda persona que pueda tener parentesco consanguíneo con el niño toda vez que se quiere evitar futuros o eventuales contratiempos que ponga en peligro la estabilidad de la adopción, que al igual que la filiación tiene gran importancia para consolidar la estabilidad familiar.

Sin embargo, estas consideraciones no fueron de importancia porque el proceso de guarda con fines pre adoptivos se llevó a cabo sin mediar intervención del padre a pesar de que el juez conocía sobre las pretensiones de este, que se venían discutiendo en instancia judicial. Pese al reclamo de filiación hecha por el padre, el

proceso de guarda con paso a la adopción prosiguió su cauce, en vez de proponerla para obtener otros propósitos.

Asimismo, invocando el ARTÍCULO 137 DEL CC, establece que: para poder concederse la guarda de un menor es menester emplazar a los padres toda vez que es necesario su asentimiento.

Con respecto a esta norma hay posturas distintas: por una parte, hay quienes consideran que no es necesario el asentimiento de los padres, sino que la sola comunicación es suficiente; por otra parte, hay quienes defienden la postura del consentimiento, aunque la descartan para otras situaciones distintas a la guarda.

Sin embargo, por mi parte me uno a la postura que defiende el consentimiento, y en apego a la norma en cuestión, en ella misma está establecida las situaciones en las que no es necesario el consentimiento. Bajo esa lógica las situaciones no establecidas deberán llevarse a cabo con consentimiento de los padres. Ello asegura su intervención en el proceso de guarda y da garantías para que el mismo se lleve de manera coherente, eficiente y sin posibles contingencias que perjudiquen la finalidad protectora del proceso.

Asimismo, dentro de la labor judicial, se encuentra prevista la obligación de investigar o averiguar los posibles motivos que influyen en las decisiones de los padres de renunciar a los deberes y derechos sobre sus hijos, toda vez que ello refleja el interés de orden público, omitirlo conllevaría a vulnerar los derechos del menor en cuanto a su filiación biológica.

En el proceso, el momento apropiado para que el juez pueda realizar las acciones correspondientes para ahondar en las causas sobre entrega del menor, es en la audiencia. Con ello certificará que ellas sean bien fundamentadas y no se basen en una causa de contenido económico.

En cuanto a la conducta de los progenitores del menor en el proceso, podemos analizar lo siguiente:

### **Conducta de la madre:**

La menor fue sometida al proceso de guarda debido que su madre manifestó ante el juez esas intenciones, ya que no podía retener la patria potestad de la niña, posteriormente se dio lugar LA AUDIENCIA, en la cual ella misma declaró que en el supuesto de que se probara el vínculo biológico del accionante con respecto de la menor no se oponía a que se le concediera su hija a él. Luego la madre se apersonó ante defensoría y argumentó que si bien había entregado a su menor, lo había hecho por que no contaba con medios económicos para mantenerla, y que actualmente su situación económica era estable por ende solicito que se le restableciera la custodia de la menor. Sin embargo pese a lo manifestado en esa oportunidad ante defensoría, en una próxima fecha reitero ante el juzgado las intenciones de entregar a la menor y que continúe en custodia de la familia de guarda, justificando que lo que manifestó en defensoría de debió a que temía que le concedieran la custodia al progenitor accionante. Entonces a partir de los hechos expuestos podemos analizar que el accionar de la mujer no manifestaba una voluntad clara para consentir la guarda de la menor, pero pese a ello el juez no evaluó la situación y los motivos que impulsaron a la progenitora a dar en adopción su hija y mucho menos si los motivos se encuentran dentro del marco de posibilidades que proteja el interés del menor.

Con respecto a ello, opino que pudo darse al acto de consentimiento en última instancia, no obstante, aquello también puede definirse como impreciso, ambiguo o incluso pudo dar lugar a que el juez reevalúe la adopción o que sea diligente en su actuación indagatoria. Ya que él no es un testigo ocular de los hechos sino es protector de los intereses del menor y garantiza que no se vulneren sus derechos tanto en el fallo y como en todo el proceso judicial.

En cuanto al motivo que expresó la madre sobre carencias económicas, aquello no tiene fundamento ni causa jurídica para la adopción. En instancias judiciales deben tenerse en cuenta las declaraciones de las partes y darles el peso legal que corresponde. Asimismo, advertir de la situación fáctica que merece cada caso y tomar medidas al respecto. En el caso en concreto debió considerarse evaluar el

consentimiento de la madre y las causas que determinaron el proceso de pre guarda y posterior adopción.

### **Conducta del padre:**

Con respecto a la conducta del progenitor en el proceso de guarda, como ya lo habíamos mencionado anteriormente: uno de los deberes del juez, que establece la ley para estos casos es, informarse y averiguar sobre la situación del menor que será sometido al procedimiento de adopción y sobre su procedencia biológica, a fin de evitar futuros imprevistos. Situación que no se cumplió con respecto al padre, pese a que este había solicitado la respectiva filiación.

Por norma legal se dispone que los padres deben ser emplazados obligatoriamente en el caso de guarda con fines adoptivos. Ello no debe entenderse como un simple formalismo que busca su cumplimiento para sustentar de manera superflua una garantía legal en el proceso, sino por el contrario se impone esta condición para que el juez pueda comunicarse con los progenitores y escuchar su voluntad, así como evaluar su situación. También para resolver si procede o no la adopción, toda vez que esta figura no constituye una causa ordinaria de filiación sino extraordinaria, dado que se siempre busca proteger los intereses del niño.

El plazo que se establece en este sistema legal para citar a los progenitores a expresar su voluntad sobre la adopción es de 60 días, en este plazo los progenitores declaran cual su intención o de ser el caso emiten su consentimiento, y esta debe ser a conciencia, objetiva y concreta sin ambigüedades que puedan manifestarse en una adopción irregular. En este caso en particular el progenitor ha hecho evidente su voluntad de negarse a la adopción y solicitar por tanto la filiación y custodia de la menor, e incluso su intervención fue antes de cumplirse el plazo, lo que demuestra que el plazo tiene un beneficio práctico.

Sin embargo, de lo dicho puede resultar que restemos importancia a la premura del procedimiento de adopción, por ello es importante dejar en claro que es bastante entendible la necesidad y urgencia de no dejar al menor en un estado de

incertidumbre, toda vez que tiene que identificarse con un hogar familiar y disfrutar de los derechos que de allí derivan. Pero en este caso en particular, en nombre de la celeridad se dejó de aplicar e interpretar bien el derecho, así como también se dejó de lado actos procesales significativos para el fin del proceso.

No estaría mal afirmar que lo que se pretendía era excluir de la filiación al progenitor para lograr proseguir con normalidad con la adopción, ello claramente atenta los derechos del menor y ataca de vicios el proceso de adopción, lo que generaría que la estabilidad que se consiga con la adopción pueda ser contradicha en el futuro afectando no solo la estabilidad formada sino la identidad y el bienestar emocional del menor, ello en vez de asegurar sus derechos originaria, como en este caso, conflicto de derechos, que la aplicación judicial sobre el mismo conlleva, a mi opinión, a una interpretación errónea.

Nunca hemos excluido el argumento de que se trate de una situación que revista complejidad, pero debemos por otro lado reconocer que las decisiones que se tomen en el procedimiento no solo involucra a los progenitores sino también a los guardadores, debido a que a estos últimos se les reconocerá la filiación, que al igual que la biológica debe llevarse a cabo de tal manera que no encuentre causas o elementos que la opongan, debido a que el peso jurídico entre una filiación y otra es el mismo.

A estas alturas del conflicto, después de lo ya actuado y el tiempo transcurrido resulta complejo encontrar una solución que implique la satisfacción total de los derechos del menor, en especial el de identidad. Y nos encontramos ante disyuntiva: identidad biológica vs identidad psicosocial.

La solución a arribar sería acertada si se encuentra dentro de los parámetros establecidos por la convención de los derechos del niño y contenga la finalidad espiritual de la misma, para ello debemos interpretar bien y alcanzar con su aplicación los alcances legítimos del interés superior del niño. Es cierto que cuando los derechos del menor entran en conflicto es necesario encontrar soporte doctrinario al respecto,

sin embargo, en estos casos, la doctrina como la jurisprudencia es contradictoria y variada, sin embargo, empecemos a elaborar argumentos sólidos y homogéneos para evitar seguir afectando a un sujeto de derechos cuya posición en el sistema legal en el que se encuentre es meramente de protección integral.

- **La vida familiar de la menor.**

LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO establece que el menor debe vivir dentro de un hogar familiar para que pueda establecer vínculos afectivos con el resto de integrantes, ello en razón de que la familia dentro de la sociedad es un elemento sustancial y es el ambiente adecuado para que el menor se desarrolle, dado que cada integrante vela por el otro y el menor encontrándose en un estado de vulnerabilidad va a encontrar en ella el refugio adecuado para desarrollar sus particularidades, personalidad y formar su identidad hasta que pueda valerse por sí mismo, prosiguiendo de ese modo con el círculo de encontrarse él en la posición de padre y cumplir con un rol distinto.

Partiendo por analizar la norma (convención de los derechos del niño) de acuerdo a las circunstancias del caso en cuestión, mencionamos que la convención protege no solamente la condición de familia de origen biológico sino también la posición de estado familiar, es decir aquel ambiente que para el menor se desempeña como su familia.

En cuando a resolver el caso tendríamos dos posibles situaciones como punto de análisis para una decisión final:

**Primero.** -Dos familias disputan el derecho de tener a la menor, sin embargo, el sistema jurídico reconocerá el derecho de una.

Esta situación sugiere una disputa que traerá a colación abundante argumentación, que por un lado privilegiará la familia adoptiva frente a la biológica o por otro puede darse el caso contrario de privilegiar la biológica frente a la adoptiva. Lo resuelto por la cámara en este caso, sigue este punto de análisis debido a que argumenta el

merecimiento de la familia adoptiva, debido que está mejor constituida que la del progenitor que no cuenta con el apoyo de la madre biológica.

**Segundo.-** Enfocarse en los derechos en juego de la menor, descartando la idea de que existen dos familias para ella sino tan solo una, dado que no se puede elegir por una cuando el sistema legal le ha impuesto una familia con la cual ha compartido experiencias y se ha desarrollado hasta esa etapa de su vida; así como también no podría excluirse otra cuando el padre biológico bajo todos los medios legales a su alcance hizo lo posible por obtener la paternidad que por naturaleza biológica le corresponde.

La convención regula el derecho a la convivencia familiar, lo que implica experiencias vivenciales con los integrantes de la misma. Que estaría conformada por lo que la menor reconoce como familia (familia guardadora) y lo que por derecho le corresponde (padre biológico). Entonces en este punto el tribunal resolvió de manera apropiada, toda vez adoptó como medida: LA TERAPIA PSICOLOGICA para todos los integrantes de la familia, mencionando que ello incluye tanto a la familia guardadora como al progenitor.

- **Participación del niño en el proceso**

La participación del niño en todo proceso que afecta sus intereses está protegido por la convención de los derechos del niño, como ya lo hemos mencionado en capítulos anteriores, pero es necesario traerlo a colación para el análisis del presente caso.

En el transcurso del proceso el menor interviene de distintos modos, ya sea con participación del EQUIPO INTERDISCIPLINARIO o directamente con el juez (audiencias). En cuanto a su madurez emocional esto es muy importante porque ello determina cuan involucrado pueda estar en el proceso o cuanto puede incidir su declaración u opinión en la decisión final. De otro modo por su corta edad o falta de madurez no implica que su intervención u opinión pueda ser emitida por el juzgador, dado que lo que siempre se busca es la satisfacción de sus intereses.

Justamente en atención a este tema, el tribunal llegó a resolver por dejar sin efecto la sentencia de cámara dado que no podía dejarse alejada o siendo ajena a una situación jurídica que afecta su vida personal. Pese a ello el tribunal tampoco creyó conveniente a esas alturas involucrar o pedir opinión de la menor. Determinó un acto singular y a mi punto de vista acertado, porque a pesar de que mantuvo la figura de la adopción, fue más allá y declaró sobre el fondo de conflicto:

Los padres adoptivos no permitieron ningún tipo de relación o cercanías entre la menor y su progenitor, negándole a la niña, con esa actitud, una posible vinculación afectiva con una persona que desde siempre ha mostrado profundo cariño, interés y nunca ha dejado de reclamarla como su hija. Ahora la menor desconoce de eso suceso y de su progenitor, entonces cuando haya alcanzado la madurez o la edad suficiente para decidir por ella misma estará sesgada a solo una realidad por que no se le dio la oportunidad o el derecho vivencial con su padre biológico.

### **DECISIÓN DEL CASO**

Por último sobre el presente caso, se dio el presente fallo:

Se dispuso que la menor, los guardadores y el padre biológico tengan UN TRATAMIENTO DE TERAPIA SISTÉMICA, y en caso de que no se cumpla con esta disposición los guardadores perderán la patria potestad de la menor. El fin de esta medida impuesta por el tribunal tiene como objetivo garantizar el derecho de la niña a convivir con su familia, y tener relación afectiva con cada uno, esto incluye al padre biológico, para que en un eventual proceso judicial o en el futuro pueda intervenir o decidir libremente sobre su vida, con todas las garantías y los derechos que la convención y el sistema jurídico le reconoce. Ya que como sujeto de derechos tiene intereses propios y ellos pueden diferir de la de los demás.

## **RESULTADOS**

## DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS

De conformidad con nuestros objetivos específicos explicaremos los resultados arribados a partir del análisis, la contrastación, el estudio doctrinario y jurisprudencial expuestos en los capítulos:

**La determinación de la extensión y los límites de la protección del menor en razón del interés superior del niño** se basa principalmente en el estudio del instrumento legal de carácter internacional como es la convención interamericana de los derechos del niño, como norma que regula la protección integral del menor. Su estudio implica también el análisis de la doctrina predominante con respecto a los criterios de interpretación de la misma. El art. 3 DE LA CONVENCIÓN refiere que cuando las autoridades judiciales, autoridades administrativas u órganos estatales adopten medidas que tienen que ver con los menores, deben tomar en cuenta como primer orden EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. El interés superior del niño es uno de los fundamentos de la DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL, y partiendo de esa idea, este principio no es solo un SIMPLE CRITERIO DOCTRINARIO, sino pasa a constituir un PRINCIPIO JURIDICO DE CARÁCTER INTERNACIONAL, que como ya lo habíamos mencionado varias veces es vinculante para todos los estados partes y su aplicación se traduce en la protección sobre derechos humanos.

El principio del interés superior del niño es una disposición jurídica cuyo objetivo radica en resolver controversias de carácter legal.

De lo que expresa LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO se desprende que el principio del interés superior del niño viene a ser una directriz y criterio principal a partir del cual se va a delimitar la interpretación correcta en caso de conflicto de intereses sobre los derechos de los menores de edad, e incluso ante una disputa entre los derechos de estos con los de otros sujetos de derecho que podrían verse afectados.

El nivel de jerarquía que ostenta el interés superior del niño con respecto a otros principios y como pauta orientadora de interpretación se entiende, de manera general, como un todo, dado que la protección en su conjunto de los derechos del niño, aseguran su plena eficacia y sobre todo que resulte en el medio más idóneo para el desarrollo garantizado del menor, en armonía, dentro de la sociedad. Ello quiere decir que en ningún sentido el interés superior del niño puede entenderse como fundamento para que unos derechos puedan ser protegidos excluyendo a otros.

En cuanto **al determinio de la extensión y los límites del derecho de identidad personal y estabilidad de las relaciones familiares del menor** referimos que con respecto al derecho a la identidad

El destacado jurista peruano ha sido quien ha estudiado el derecho de identidad a fondo, y expresa que: existe dos ámbitos de la IDENTIDAD: LA IDENTIDAD ESTÁTICA Y LA IDENTIDAD DINÁMICA, como ya se ha mencionado anteriormente en este trabajo. La IDENTIDAD ESTÁTICA está dada el nombre mientras que LA IDENTIDAD DINÁMICA se exterioriza como el compuesto de particularidades y cualidades de todo individuo.

Si la identidad de la persona comprende dos ámbitos o aspectos, el jurista menciona también que es lo que corresponde específicamente a estos, LA IDENTIDAD ESTÁTICA comprende condiciones físicas como el género, el nombre y el parentesco, así como la situación jurídica de estas. Por su parte LA IDENTIDAD DINÁMICA comprende las cualidades, las ideologías, las actitudes o características tipo social, política, etc.

La persona desarrolla su identidad a lo largo de su vida, constituyéndola a partir de su condición de hombre libre, que puede determinar su conducta de tal manera que forme un individuo con características propias, distintas de otro semejante. “El ser yo mismo” de cada persona se forma a partir de la libertad que se vivencia en la intimidad de la persona, en el aislamiento de su conducta, en su propio análisis para con lo externo, pues otra parte no debemos olvidarnos de que el hombre es un ser

social por naturaleza y que también está condicionado por la cultura, la sociedad y la familia, sin embargo la noción de libertad con la que nace puede determinar su conducta en razón de lo que conoce o lo que lo rodea. El sistema jurídico como regulador de conductas sociales otorga el derecho a la identidad, por ello cada individuo es el derecho lo identifica. Aquellos derechos que nacen de la identidad y que se les atribuye son: derecho a un nombre, filiación, género, estado civil, etc.

La IDENTIDAD constituye también una característica espiritual, y es el NOMBRE la “PUERTA” que le permite el acceso a ella. De allí la significancia que tiene el momento en el que se elige el nombre de cada uno. Desde que nacemos inicia un proceso por forjar una distinción o una esencia que sea única, por ello en cada etapa de nuestro desarrollo humano está presente también los factores familiares y sociales, que son relevantes para proyectar nuestra identidad. En el momento que inicia la vida humana la identidad se va formando, primero desde un aspecto biológico, con la unión de información genética de los progenitores que determina las características físicas, mentales, psíquicas, etc. Así menciona el autor SESSAREGO que los individuos confeccionamos nuestro PROYECTO DE VIDA en razón de lo que somos y de lo que nuestra personalidad nos permita ser, y aquella es distinta y particular de otra, otorgándonos naturaleza espiritual con respecto a otro ser vivo.

Pero es importante señalar también que desde el inicio de nuestra vida empezamos a entablar relaciones con los demás, por ejemplo en el vientre materno nos comunicamos con nuestra madre, luego con ambos padres, entorno familiar, amical y conforme vamos desarrollando nos relacionamos con más personas, y aquello es lo que conlleva a que constituyamos nuestra propia biografía.

Asimismo, del **Análisis Jurisprudencial con respecto a la aplicación de derechos en las decisiones judiciales sobre cambio de paternidad y el impacto en el derecho de identidad del menor** resolvemos que actualmente se mantiene un

criterio casi o bastante uniforme en la jurisprudencia vinculante con respecto a los procesos de filiación, y en específico los que tienen que ver con el cambio de paternidad, y la tendencia es la protección de la verdad biológica. Actualmente debido a la prueba científica del ADN, y en reconocimiento del derecho de identidad recogido por la convención se inaplicó los artículos que refieren al plazo de 90 días para la acción de impugnación de reconocimiento y paternidad reafirmando la importancia de la verdad biológica en la argumentación de proteger derechos consagrados dentro del núcleo duro de los derechos del niño, como a conocer a sus padres, derechos de identidad y al nombre. En este sentido la posición de las decisiones judiciales es la protección de los derechos antes mencionados, como una muestra de ellos **un fragmento del ex. 860-2002 lima:**

*Actualmente con el desarrollo científico, se puede determinar la certeza sobre la paternidad de una persona, específicamente con la prueba del ADN, el sistema jurídico no lejano a esta realidad ha incorporado en su normatividad este nuevo elemento en materia de filiación mediante la ley 27048 de fecha 06-01-1999 y 28457, viabilizando la posibilidad que todo niño involucrado en un proceso de filiación tenga la convicción de estar siendo reconocido por su verdadero padre. En otras palabras, el sistema jurídico está creando mejores condiciones a fin de que se proteja al menor en su derecho de conocer sus padres biológicos y que pueda entablar una relación paterno afectiva con él... A partir del año 2002 existe una tendencia dogmática con respecto de los fallos emitidos por la sala especializada en derecho de familia de Lima, en el sentido que se protege la verdad biológica en menoscabo de los plazos establecidos en el código civil para poder contestar o impugnar la paternidad, tema que además al ser elevada en consulta a la sala suprema de derecho constitucional y social se aprobó la decisión arribada. El plazo de 90 días no consiste más en un impedimento para conocer el vínculo biológico del menor.*

*En definitiva, todo menor no debe de estar apartado de la realidad con respecto de saber quiénes fueron sus progenitores, mucho menos que el acceso a esa verdad constituya un obstáculo para poder convivir con ellos y tener una familia que le brinde*

*seguridad e identificación. Bajo esta perspectiva las decisiones adoptadas por los jueces anteriormente están siendo desfasadas por la consolidación de este nuevo criterio cuyo fin es proteger el derecho del menor y sus intereses.*

**Y de la Casación N° 2726-2012-DEL SANTA:**

*El progenitor de una niña accionó con la impugnación de paternidad contra los padres legales de esta, probando su paternidad mediante la prueba de ADN y argumentando que el no pudo reconocerla anteriormente dado que la menor nació dentro del matrimonio de los demandantes, razón por la cual estos valiéndose de la presunción PATER IS la inscribieron como hija matrimonial.*

*En primera instancia se fundó la demanda, pero mediante resolución de vista se resolvió por la improcedencia argumentando que el progenitor carece de interés para obrar en impugnación de reconocimiento de paternidad.*

*Por su parte, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema teniendo en cuenta las consideraciones discutidas y los pronunciamientos emitidos: DECLARA FUNDADO EL RECURSO DE CASACIÓN, por tanto, se declaró asimismo la NULIDAD del auto de segunda instancia. Y se CONFIRMA el fallo de primera instancia que estimo la impugnación de paternidad accionada por el progenitor en contra de los padres legales de la menor.*

Entonces la posición de la jurisprudencia con respecto al cambio de paternidad en los procesos de filiación está bastante clara, lo que corresponde aseverar es, si de acuerdo al caso (cambio de paternidad) se protegen los derechos que de alguna manera resultan desprotegidos o vulnerados y si estos se cautelan de forma íntegra o de la mejor manera y medida posible. Al respecto y aludiendo a los derechos protegidos: el derecho de conocer a sus padres y el derecho al nombre, estos se encuentran respaldados ya de por sí mediante una decisión judicial mediante un pronunciamiento, pero el derecho a la identidad no se encuadra dentro de los

derechos protegidos, por lo menos no en su integridad. Ya definida y abordada la identidad y sus límites anteriormente como un objetivo específico del presente trabajo, entonces si la identidad personal del menor tiene incidencia en la estabilidad de las relaciones familiares y constituye también un derecho dinámico, podemos decir también que con respecto a la nueva figura paterna no está protegida por que, además de lo ya señalado ,no conviene una protección meramente declarativa sino activa o mediante algún mecanismo o adopción de medidas que puedan aclarar , fijar y ayudar a entablar lazos afines y de apego con la nueva figura paterna de un niño que mantiene una representación de paternidad distorsionada o distinta al que tenía antes de la decisión judicial de filiación. Siendo el resultado una figura paterna de incidencia legal y otra con incidencia fáctica, entonces el impacto o la afectación en el derecho de identidad del niño con respecto a la figura nueva paterna establecida se verifica cuando el niño ya ha gozado de una identificación y apego hacia el antiguo padre pudiendo traducirse en la afectación del menor. Mas allí es donde podría establecerse ciertos mecanismos o medias que coadyuven al ejercicio pleno de su derecho de identidad, como ya lo hemos explicado en el capítulo sobre medidas alternativas, estas podrían llevarse a cabo a través de las diferentes instituciones cuyo objetivo es proteger los intereses y derechos de los menores en estado de riesgo.

Por su parte mi objetivo específico sobre **Análisis y determinio de los posibles mecanismos que puedan servir de protección al menor en un cambio de paternidad** encuentra su fundamento en el estudio de las normas jurídicas tanto de derecho internacional como de rango nacional que se refieren por un lado a la salvaguarda que se debe tener con ellos en un proceso judicial en donde compete sus interés y aquellas decisiones a adoptarse con respecto al mismo después del proceso o en el trascurso de él, así como también a aquellas medidas que pueden establecerse en una decisión judicial para proteger interés del menor. Muchas veces estas medidas no se toman en cuenta en un proceso de filiación dado que resalta la idea que el proceso de filiación tiene como finalidad declarar respecto a la incertidumbre jurídica de la realidad biológica mas no atañe esto a la identidad dinámica o relación familiar o parental que pueda resultar afecta a partir de allí.

LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO en su artículo 4 establece este principio, cuyo objetivo radica en desarrollar y modificar el comportamiento de los estados en relación a LA PLANIFICACIÓN SOCIAL, cuya significancia es, que en el momento que ese estado desempeñe actividades concernientes a la mejora de los individuos de su población, deberá priorizar aquellas actividades que busquen mejorar las condiciones de vida de los menores y que constituyan el pleno goce de sus derechos. Sobre el mismo, FREEDMAN menciona que el artículo 3 de la CDN conceptualiza lo que es UN PRINCIPIO GARANTISTA, a lo que establece que, primero: es una pauta de orientación obligatoria para la creación de leyes y reglamentos. Segundo: pauta de orientación obligatoria para el establecimiento de programas y políticas públicas. Bajo ese orden de ideas el interés superior del niño se expresa como aquel principio que obliga al estado, la sociedad y las personas, que en la posición en la que se encuentren hagan efectivo el contenido de los derechos fundamentales del menor. LA CONVENCIÓN dispone que en el caso de que los estados que han ratificado la misma y que por ende la han hecho parte de su norma jurídica interna, deben establecer todas las medidas adecuadas con el motivo de efectivizar la aplicación y la efectividad de las disposiciones que la convención protege. Para ello debe emplearse o adoptarse ciertos mecanismos o herramientas que permitan esa efectividad. De allí que en razón del interés superior del niño y la doctrina de la protección integral los jueces, instituciones administrativas del estado, organizaciones privadas deben adoptar medidas para salvaguardar los derechos del menor se evidencie la posibilidad de algún daño o afcción al derecho del menor. Por otra parte existen diversas instituciones que, en razón de sus funciones, adoptan medidas de prevención o protección a menores, que muchas veces varios de ellos a pesar de contar con especialistas en temas de menores, no son participes en un proceso judicial, como es el caso del MIMDES, DEMUNA, FISCALÍA, MINSA, DEFENSORIA DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE, cuyo objetivo se concretiza con la protección de los intereses del menor, en diferentes aspectos: salud, educación, recreación, protección al maltrato, violencia, abandono, etc., que su cooperación para ayuda del menor mediante delegación por parte del poder judicial sujeto o no a fiscalización por parte del mismo podría incluirlos de manera activa en los procesos,

en el particular de filiación en cambios de paternidad, participando mediante charlas familiares, ayuda terapéutica o psicológica, servicios de asistencia legal, de salud, como mediadores en relaciones de padres e hijos, constatación de régimen de visitas provisional autorizado y adoptado como medida con el juez para un acercamiento familiar, etc.

Las medidas a adoptarse por medio de una decisión judicial pueden variar dependiendo de las circunstancias del caso y la afección del menor, que puede ser aplicarse según la incidencia en el ámbito personal o familiar del niño y puede extenderse hacia los integrantes de la familia.

Por último del **Análisis del derecho comparado con respecto a medidas o mecanismos que protegen al menor en los procesos en los que se ve inmerso, en específico los de filiación que comprendan cambio de paternidad**, referimos que del estudio realizado a legislaciones de España y Argentina, con respecto al derecho de filiación son doctrinariamente y jurídicamente parecidas, sin embargo las decisiones judiciales que hemos analizado marcan diferencia en la interpretación de los jueces al momento de establecer en qué medida o circunstancia el derecho de identidad está siendo afectado. Actualmente hay una nueva corriente doctrinaria en el caso de Argentina que está marcando una tendencia jurídica en cuanto a la protección del menor en los procesos de filiación, tanto es así que en algunas de sus decisiones judiciales se está cambiando el rumbo de lo que el derecho denominada verdad biológica, primando sobre esta la estabilidad de las relaciones familiares o proponiendo una terapia sistémica cuyo objetivo será el de brindar la posibilidad de asentar lazos filiales entre padres e hijos.

**Fragmento de la sentencia Argentina.-LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL PADRE BIOLÓGICO PARA IMPUGNAR LA PATERNIDAD MATRIMONIAL (IMPUGNACION DE FILIACIÓN MATRIMONIAL, 2007)**

**Impugnación de filiación matrimonial- (segunda cámara de Apelaciones en lo Civil de Mendoza - fecha: 18 de diciembre del 2007):**

*En el momento de la decisión final de primera instancia el juez analiza los hechos manifestados por las partes y concluye que: que si bien es cierto el componente genético es una pieza importante en la identidad del niño, ello no quiere decir que la filiación que no tenga ese elemento va a resultar perjudicial para el menor. Sobre esto debemos tener en cuenta que el interés superior del niño protege el desarrollo de su identidad y la estabilidad en la relación familiar. En el caso en particular el menor está vinculado afectivamente a los integrantes de su familia por tanto está desarrollando su identidad personal sobre ese entorno.*

*En cuanto a la conducta del accionante, EL JUEZ manifiesta que: se reclama la paternidad a estas alturas pese a haber sido un padre ausente en el tiempo en que su hijo más protección requería, sin embargo, ahora que el menor tiene estabilidad familiar y goza de la protección de un padre, tiene intenciones de reconocerlo.*

*Por otra parte, EL DERECHO A LA VERDAD sobre su origen no puede negársele al menor, por ello los padres que están a cargo de él, tienen el deber de darle a conocer sobre su procedencia genética.*

El sentido de esta sentencia se inclinó por privilegiar los intereses del niño, la institución familiar y la estabilidad familiar del menor, remarcando que en el presente caso no se tomó una medida propiamente dicha sino se sentó una posición, aunque en contra de su legislación, para proteger al menor de las posibles consecuencias que podría acarrearle su cambio de paternidad, además se fundó también en la convención que protege el bienestar del menor y la adopción de medidas que resguarden el derecho del niño. El análisis de esta decisión es muy importante dado que es una muestra clara de que el juez de familia, cuando decide en un proceso de filiación de esta naturaleza es más que un decisor o un mediador, sino es un protector de derechos, es aquella figura que no solo motiva una resolución, sino que dinamiza el proceso a favor del menor, en la salvaguarda de sus derechos o con alguna medida que pueda evitar algún daño a los mismos.

Así del mismo modo es importante invocar la decisión de otra sentencia argentina con respecto a una medida que invoco el juez en un proceso **EL LLAMADO HARD CASE... UN CASO COMPLICADO**

*...Los padres adoptivos no permitieron ningún tipo de relación o cercanías entre la menor y su progenitor, negándole a la niña, con esa actitud, una posible vinculación afectiva con una persona que desde siempre ha mostrado profundo cariño, interés y nunca ha dejado de reclamarla como su hija. Ahora la menor desconoce de eso suceso y de su progenitor, entonces cuando haya alcanzado la madurez o la edad suficiente para decidir por ella misma estará sesgada a solo una realidad por que no se le dio la oportunidad o el derecho vivencial con su padre biológico...*

*Se dispuso que la menor, los guardadores y el padre biológico tengan UN TRATAMIENTO DE TERAPIA SISTÉMICA, y en caso de que no se cumpla con esta disposición los guardadores perderán la patria potestad de la menor. El fin de esta medida impuesta por el tribunal tiene como objetivo garantizar el derecho de la niña a convivir con su familia, y tener relación afectiva con cada uno, esto incluye al padre biológico, para que en un eventual proceso judicial o en el futuro pueda intervenir o decidir libremente sobre su vida, con todas las garantías y los derechos que la convención y el sistema jurídico le reconoce. Ya que como sujeto de derechos tiene intereses propios y ellos pueden diferir de la de los demás.*

En el fallo anterior se establece una medida propiamente, cuando se ostenta que el padre biológico no tiene los lazos paterno-filiales con la menor y que puede provocar una reacción negativa en la niña si es que se le impone como padre sin haberlo conocido anteriormente, dado que la figura paterna y materna eran representados por sus guardadores. En esa misma línea lógica se puede invocar una medida en el proceso de filiación cuando en el transcurso de proceso se advierta la pérdida de la estabilidad familiar que se pueda evidenciar en el niño, algún trastorno psicológico que el niño presente para lograr entender la circunstancia en la que se vio involucrada a su corta vida. Así como la falta de lazos afectivos o paterno-filiales con el padre a imponerse por decisión judicial sin tener en cuenta la identidad ya forjada hasta el

momento o su apego a su antiguo padre legal. Cuestiones que sin duda y dependiendo de las circunstancias que rodean el caso serían generadores de daño a la identidad del menor como a la de su entorno familia que provocaría disfuncionalidad sobre su personalidad.

Por otra parte en el caso del derecho Español si bien es cierto su realidad jurídica es más parecida a la nuestra en cuanto a jurisprudencia se refiere pero existe doctrina que si bien considera que la realidad biológica es predominante y resguarda muchos derechos en juegos en la filiación, la posesión de estado que goza el padre legal con respecto a su hijo debe tener mucha más importancia que la realidad biológica y que en todo caso existe un contrapeso y un argumento válido para que la posesión de estado sea irrevocable cuando exista la posibilidad de que genere daño en el menor por atentar contra su derecho a la identidad biográfica que está dentro del dinamismo que promueve la identidad personal.

## **DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

**HIPÓTESIS:** si, debería establecerse medidas de protección a los menores de 7 a 14 años de edad en un proceso de filiación donde se decide judicialmente su cambio de paternidad, toda vez que es necesario proteger y garantizar la plena eficacia de su derecho a la identidad con respecto a la nueva figura paterna, así como salvaguardar su bienestar integral y la armonía en sus relaciones familiares en razón del interés superior del niño.

Los resultados arribados en el presente trabajo que dan sustento a mi hipótesis son los siguientes:

De los temas analizados, iniciare remarcando la importancia de la familia como institución y la estabilidad de las relaciones familiares como objetivo principal de todo estado. A partir de la constitucionalización de la familia se profundiza en brindarle protección en los ámbitos en los que se manifieste, para crear una institución solida (la familia), como centro y base importante de la sociedad, en donde se forma todo individuo y nace su potencial para consolidarse personalmente y en su rol en la comunidad de la cual es parte. Haciendo alusión a la estabilidad en las relaciones familiares y analizando esta figura desde puntos de vista facticos, jurisprudenciales y doctrinarios encontramos que el cambio de paternidad en un menor a una determinada edad, específicamente entre los 7 a 14 años de edad, no solo genera disfuncionalidad en cuanto a la relación padre-hijo, sino que también incide en la manera de desenvolverse del menor (personalidad) e incluso en la interacción de la familia en conjunto. La familia es el primer lugar donde el niño empieza a vivir e y relacionarse, recibe la primera educación, la protección y el afecto que necesita para establecer una adecuada identidad y personalidad. También hace de nosotros personas completas es por ello que la figura que representa cada miembro en relación a nosotros es más que importante y más si es tan estrecha la relación como lo es de un padre frente a un hijo, y cualquier desapego o resquebrajamiento en ello genera efectos negativos el menor, así como afecta la armonía y continuidad de la estabilidad de las relaciones que se forjan en la familia.

Por otro lado, otro instrumento legal ya analizado es la jurisprudencia peruana sobre temas de filiación, y en cuanto a ello resolvemos en el sentido de la falta de resguardo de algunos de los derechos, como es el derecho de identidad, en su faz dinámica, del menor en el cambio de figura paterna. Para confirmar la necesidad del establecimiento de medidas de protección mediante una decisión judicial, ya bien sea en un proceso o al término de este, se ha realizado el estudio de jurisprudencia nacional vinculante y no vinculante sobre filiación en donde el sentido de la decisión final fue dar preferencia a la verdad biológica sobre la paternidad legal ya establecida, muchas veces tener en cuenta en el grado de afectación del niño sobre lo que se decida. Muy aparte de la motivación judicial y la ponderación de derechos, dado que actualmente la convención interamericana de derecho del niño no solo nos afianza en cuanto a la protección de derechos que influye en todo nuestro sistema legal sino que además debemos poner en movimiento u efectivizar todo ese conglomerado de derechos humanos que nos rigen, debemos dar vida a la disposición de la protección integral de derechos impulsando nuestros órganos de gobierno para que se manifiesten a través de políticas públicas, a las instituciones públicas o privadas del país que en el ejercicio de sus funciones se le delegue o se ponga bajo su jurisdicción un caso en el cual pueda producirse algún efecto negativo para el menor o conculcación de sus derechos, todo ello bajo el resguardo del principio del interés superior del niño que no solo establece criterios estáticos sino dinámicos en cuanto a la protección del menor. Si bien es cierto las decisiones judiciales emitidas los órganos de justicia, así como los funcionarios en atribución de sus deberes y en representación de las distintas entidades públicas de protección al menor tienen el deber de resguardar en la medida de lo posible los derechos del menor, a veces debe desenvolverse con dinamismo actuando como mediador, impulsador, imponiendo medidas, delegando facultades e incluso fiscalizando actividades que hayan emanado de una decisión judicial en donde se haya adoptado alguna medida para salvaguardar algún derecho del menor que podría verse afectado en el proceso judicial puesto a su competencia.

Todo lo ya anteriormente resuelto a partir del desarrollo y analizado del trabajo de investigación se basa en la mayor protección al menor cuando podría, según el caso en concreto, verse afecto en un proceso de cambio de paternidad cuando ya ha quedado establecida la figura paterna en su ámbito familiar, social, personal y emocional, y que el repentino cambio de paternidad podría conllevarle a perder identidad filial no solo con la figura ya establecida si no que no pueda volver a establecer lazos de apego y de filiación con la nueva figura paterna. Es allí donde nos preguntamos qué paso con el derecho de identidad que fue muy bien motivado por el juez en su sentencia pero que no se está viendo reflejado en la actitud del niño ni en el rol del nuevo padre. Es precisamente esto la afección a una parte del derecho de identidad que no está resguardado en las decisiones judiciales de cambio de paternidad.

Actualmente la convención de los derechos del niño ratificada por nuestro estado ha abierto muchas posibilidades para que se intente la armonía en la protección de derechos del niño, así como también es cierto del criterio de interpretación que te da la doctrina de protección integral y el interés superior del niño para poder definir y hacer prevalecer los derechos del menor que puedan protegerlo íntegramente sin entrar en divagaciones o en arbitrariedades. Con los temas analizados no se pretende cambiar las decisiones judiciales de cambio de paternidad sino complementarlas en razón de mecanismos de protección como parte del dinamismo del juez de familia para resguardar los derechos del menor y que de alguna manera que reafirmen algunos que hasta el momento no se dan. Como saber si un menor está afecto con el cambio de paternidad si en el proceso judicial el tema importante es la prueba biológica, la prueba biológica es importante para dar certeza a la paternidad pero para el proceso debería ser importante el bienestar del menor o acaso se le interroga al menor para saber su afectación en cuanto a la posible decisión, o se le ha hecho una constatación judicial para ver su rol del niño y del padre que hasta el momento está jugando ese papel, además del entorno familiar, alguna pericia psicológica que pueda dar indicios de afección o de bienestar, o alguna ayuda o charla delegada a instituciones cuya función es proteger al menor para que este sepa del sentido del

proceso en la cual está siendo involucrado, dado que la resolución final afecta su esfera jurídica más él no ha tenido conocimiento de la nueva situación legal del que está siendo afecto, ayuda psicológica pre y post judicial cuando pueda verse afecto ante alguna circunstancia, terapia familiar para iniciar cualquier apego con aquel que representa la nueva figura de padre como motivo del resguardo de su derecho de identidad que no solo se limita al nombre sino también a conocer a sus padres pero conocer a sus padres en el sentido estricto de la palabra, incluso hasta podría motivar un régimen de visitas provisional fiscalizado por alguna institución pública en delegación del juez de familia. Estas medidas que coadyuvan la protección del menor no son opuestas a la decisión del juez por que la ratifican en su totalidad, dado que aciertan en la protección integral de sus derechos. Este resultado ha sido posible a través de evaluar ciertos mecanismos existentes en las instituciones de protección al menor que muchas veces están paralizados por el desconocimiento de circunstancias en los que el menor pueda verse desprotegido, pero que pueden tener interrelación y hasta intercomunicación con los procesos judiciales de filiación como el que describe el presente trabajo de investigación. Así también es menester indicar la importancia del análisis que se hizo de la jurisprudencia extranjera en cuanto al tema, dado que el enfoque de su jurisprudencia nos ha hecho ver las cosas desde perspectivas de protección distintas, por un lado una muy parecida a la nuestra como es el caso de España cuya jurisprudencia y marco legal fija su posición en el mismo sentido que el nuestro y por otro lado Argentina que a través de su jurisprudencia incluso ha ido en contra de su marco legal estableciendo medidas de protección al menor y más que eso ha dado privilegio a la filiación socio- afectiva antes que la biológica para resguardar el derecho de identidad del menor y para que el menor no sufra inestabilidad familiar. Pero el problema propuesto por el presente trabajo no arriba a esta última posición, sino la de complementar las decisiones y la posición sentada al respecto es con mecanismos de protección.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS EN CUADRO COMPARATIVO		
HIPÓTESIS	BASES DE CONTRASTE	RESULTADOS
<p>Debería establecerse medidas de protección a los menores de 7 a 14 años de edad en un proceso de filiación donde se decide judicialmente su cambio de paternidad, debido a que es necesario proteger y garantizar la plena eficacia de su derecho a la identidad con respecto a la nueva figura paterna, así como salvaguardar su bienestar integral y la armonía en sus relaciones familiares en razón del interés superior del niño.</p>	<p>Regulación jurídica: nacional e internacional.</p> <p>Doctrina: Sessarego. Kemelmajer</p> <p>Instituciones públicas de protección al menor</p> <p>Medidas o mecanismos de protección al menor.</p> <p>Jurisprudencia</p> <p>Derecho comparado</p>	<p>CIDN (convención de los derechos del niño)</p> <p>CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES (Facultades del juez de familia).</p> <p>Interés superior del niño</p> <p>Identidad dinámica.</p> <p>estabilidad familiar</p> <p>Filiación socio-afectiva.</p> <p>PODER JUDICIAL, MINISTERIO PUBLICO, DEFENSORIA, MINSA, MIMDES, DEMUNA.</p> <p>Procesales y extraprocesales</p> <p>NACIONAL (procesos de filiación)</p> <p>ESPAÑA ARGENTINA</p>

## CONCLUSIONES

La posición jurisprudencial peruana actual en cuanto a la protección de derechos del menor en los procesos de filiación le atribuye importancia a la realidad biológica como atributo principal del derecho a la identidad, contribuyendo así a la protección parcial de este derecho, en contrapartida de la protección integral que propone la doctrina de la protección integral del menor en la que sustenta el interés superior del niño.

El interés superior del menor permite que el derecho a la identidad sea protegido íntegramente mediante una acción judicial en la que puede presentarse la circunstancia de que aquel derecho se vea resquebrajado, dado que la naturaleza de la decisión judicial a expedirse en ese tipo de procesos establece ya una protección declarativa que puede ser complementada.

Actualmente el derecho y el estado mismo faculta a integrar alternativamente diversas medidas de protección en los procesos en los que se encuentra inmerso el menor en razón de complementar o coadyuvar a la defensa de todos sus derechos, así como impedir que determinadas circunstancias o decisiones administrativas, judiciales o legislativas puedan ser contraproducentes a su protección personal, filial, familiar o de cualquier otra índole.

Las medidas de protección a establecerse en un proceso de filiación en el que se deba decidir por un cambio de paternidad tendrán el sentido de consolidar los lazos filiales entre padres e hijos por tanto salvaguardara el derecho a la identidad del menor con respecto a la nueva figura paterna asegurando así la estabilidad de las relaciones paterno-filiales y de la familia en conjunto.

## RECOMENDACIONES

Se recomienda al poder judicial y específicamente a los jueces de familia que analicen, evalúen y en su caso admitan la posibilidad de incorporar o establecer medidas de protección al menor en un proceso de filiación en el que se deba decidir o se decida su cambio de paternidad, con la finalidad de impedir los efectos negativos que pueda generar un cambio repentino de lazos paternos protegiendo, de esa manera su derecho de identidad personal, familiar y filial.

Se recomienda a las instituciones públicas de protección al menor, DEMUNA, MIMDES, MINISTERIO PÚBLICO, DEFENSORÍA DEL PUEBLO, que participan activamente tanto como ejecutores de las políticas públicas en temas derechos del niño, así como también en procedimientos permanentes de asistencia psicológica, legal, medicas, de terapias, charlas, autoayuda, y que cuentan con áreas que de acuerdo a su facultades se involucran en actividades que salvaguarden al menor frente a circunstancias perjudiciales o factores de riesgo, que amplíen su participación de protección al niño mediante su colaboración eficaz en los procesos de filiación, mediante iniciativa propia o delegación de facultades por el juez, para que su protección dinámica permita el resguardo de todos los derechos del menor que están en juego en el cambio de paternidad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZPIRI, J. O. (2000). La legitimación activa en la acción de impugnación de paternidad. *Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia* n° 17, 17.
- BAHEZA CONCHA, G. (2001). El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción. *Revista Chilena de Derecho*, 359.
- BELLUSCIO, A. C. (1999). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Depalma.
- BORDA, G. A. (1984). *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CILLERO BRUÑOL, M. (1998). *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención de. santa fé de Bogotá*: Depalma.
- CORNEJO CHAVEZ, H. (1998). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Gaceta jurídica editores.
- Corte Suprema de Justicia. (17 de Julio de 2012). *CASACIÓN 2726-2012*. Obtenido de Poder Judicial del Perú:  
[https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9c16fa004a480496a500f57f091476ed/Resolucion\\_002726-2012-.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9c16fa004a480496a500f57f091476ed](https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9c16fa004a480496a500f57f091476ed/Resolucion_002726-2012-.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9c16fa004a480496a500f57f091476ed)
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU. (24 de 07 de 2007). *CAS 4307-2007- LORETO*. Obtenido de VLEX JURISPRUDENCIA: <https://vlex.com.pe/vid/-65120838>
- DIAS, M. B. (2009). Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales. *Revista jurídica UCES*, 1-8.
- DUTTO, R. (2002). El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas. *Derecho procesal de familia-II*, 143 y stes.
- Fernandez Sessarego, C. (1992). *Derecho a la Identidad*. Buenos Aires: Astrea.
- GACETA JURIDICA. (2007). *CODIGO CIVIL COMENTADO (Derecho de familia)*. Lima: Gaceta Juridica.
- Gaceta Juridica. (2011). *consitución peruana comentada*. Lima: Gaceta Juridica.
- Gaskin contra Reino Unido, 26565 (Tribunal Europeo de Derechos Huamos 22 de Julio de 2005).
- GIL DOMINGUEZ, A. (2006). *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar.
- HINOSTROZA MINGUEZ, A. (2010). *Dialogo con la jurisprudencia: Procesos Judiciales derivados del derecho de familia*. Lima : Gaceta Juridica.
- IMPUGNACION DE FILIACIÓN MATRIMONIAL, -- (Camara 2° de apelaciones en lo civil, comercial, minas de paz y tributaria de Mendoza 18 de Diciembre de 2007).
- JURISTA EDITORES. (2010). *CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES*. Lima: Jurista editores.
- JURISTA EDITORES. (2015). *CODIGO CIVIL*. LIMA: JURISTA EDITORES EIRL.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2009). *La familia en el nuevo derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- LARUMBE CANALEJO, S. (2002). "Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y. *Revista IIDH*, 252.
- MENDEZ COSTA, M. J. (1986). *La Filiación*. Santa Fé: Rubinzal y Culzoni.
- MENDOZA, E. (1996). El derecho a la identidad. Artículo 8 de la Convención sobre los Derechos. *Derecho de Familia, Lexis-Nexis*, 10-59.
- MIZRAHI, M. L. (2006). *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Buenos Aires: Astrea.
- PERU, C. S. (16 de 09 de 2010). CAS 1831-2010- LIMA NORTE. Obtenido de JURISPRUDENCIA: file:///C:/Users/Rosa/Downloads/650414993.swf
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, A. (2001). *Manual de derecho de familia*. Lima: Gaceta jurídica.
- SUAREZ FRANCO, R. (1998). *Derecho de familia*. santa fé de bogotá: Temis.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (1999). *Filiación, Derecho y genética*. Lima: Universidad de Lima.
- ZANNONI Eduardo Antonio, B. G. (2004). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.

## ANEXOS

Corte Europea de Derechos Humanos – Case Gaskin vs United Kingdom  
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"CASE%20OF%20GASKIN%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20-%20\[Spanish%20Translation\]%20summary%20by%20the%20Spanish%20Cortes%20Generales\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\", \"CHAMBER\"\], \"itemid\":\[\"001-164735\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Corte Europea de Derechos Humanos – Case of Odievre vs France  
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"odievre\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\", \"CHAMBER\"\], \"itemid\":\[\"001-60935\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Convención sobre los Derechos del Niño  
<http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Impugnación de Paternidad – Caso Argentino.  
<http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4537755283>

Madrid - Sentencia 138/2005, de 26 de mayo de 2005. Cuestión de inconstitucionalidad  
929/1996 <https://boe.es/boe/dias/2005/06/22/pdfs/T00069-00080.pdf>

Gaceta Juridica. (2007). *Código Civil Comentado (Derecho De Familia)*. Lima: Gaceta Juridica

Gaceta Juridica. (2011). *constitución peruana comentada*. Lima: Gaceta Juridica.

Jurista Editores. (2010). *Código De Los Niños Y Adolescentes*. Lima: Jurista Editores.

Jurista Editores. (2015). *Código Civil*. Lima: Jurista Editores Eirl.