

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**LA REGULACIÓN DE LA PATERNIDAD SOCIOAFECTIVA EN LOS
PROCESOS DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL E
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD, EN ARAS DEL INTERÉS
SUPERIOR DEL NIÑO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

SILENE YAJAIRA VASQUEZ AGUIRRE

ASESOR

DORA MARÍA OJEDA ARRIARÁN

<https://orcid.org/0000-0002-7938-0776>

Chiclayo, 2021

**LA REGULACIÓN DE LA PATERNIDAD SOCIOAFECTIVA
EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL E IMPUGNACIÓN DE
PATERNIDAD, EN ARAS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL
NIÑO**

PRESENTADA POR:

SILENE YAJAIRA VASQUEZ AGUIRRE

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Manuel Jesús Fernando Bulnes Tello
PRESIDENTE

Kathya Lisseth Vassallo Cruz

SECRETARIA

Dora María Ojeda Arriarán

VOCAL

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a Dios, creador de toda la humanidad, mi fuerza y soporte, quien siempre bendice e ilumina mi vida y me ha dado las fuerzas para culminar esta meta trazada en mi vida profesional.

A mis padres, Jorge y Nely y a mi abuela Paula porque gracias a su amor, paciencia, motivación y sacrificios han permitido que pueda culminar uno de mis mayores desafíos y objetivos profesionales.

Y con especial cariño, a Víctor Manuel Coria Zavaleta y mis gemelas Kyara y Kayra por acompañarme en el último tramo de culminación de esta tesis, dándome las fuerzas y siendo la motivación que necesito para alcanzar mis metas académicas.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por concederme el privilegio de la vida y mantenerme con salud para lograr este objetivo en mi vida.

A mi familia, por ser mi soporte y apoyo incondicional a lo largo de mis estudios universitarios.

A mis asesoras Dora María Ojeda Arriarán y Guisela Paola Callacná Sencio quienes con sus consejos, experiencia profesional y conocimientos coadyuvaron a la elaboración y revisión final de esta tesis.

ÍNDICE

RESUMEN	8
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO 1: FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL E IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD	12
1.1. Filiación extramatrimonial.....	12
1.1.1. Determinación de la filiación extramatrimonial.....	12
1.1.1.1 La filiación materna.....	13
1.1.1.2 La filiación paterna.....	14
1.1.2. La prueba biológica y su valor jurídico en el proceso judicial de filiación.....	18
1.1.3. El proceso de filiación extramatrimonial en el ordenamiento jurídico peruano.....	20
1.2. Impugnación de paternidad.....	26
1.2.1. La presunción de paternidad: La regla pater is est.....	26
1.2.2. El derecho de impugnación del padre y la protección del derecho a la identidad y filiación del niño.....	29
CAPÍTULO 2: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE COMO PRINCIPIO RECTOR DE PROTECCIÓN EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN	31
2.1. Marco Conceptual del Interés Superior del Niño... ..	31
2.2. El rol del Derecho Internacional en la configuración del Interés Superior del Niño y adolescente.....	34
2.2.1. El Interés Superior del Niño en la Convención de los Derechos del Niño.....	34
2.2.2. El Interés Superior del Niño en la interpretación del Comité de los Derechos del Niño.....	40
2.2.3. El interés superior en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	43

2.2.4. El interés superior en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	45
2.3. El sistema de protección de los derechos del niño y su regulación en el Derecho Interno Peruano.....	49
2.3.1. El tratamiento normativo y jurisprudencial del Interés Superior del Niño en el Perú.....	49
2.3.2. El Interés Superior del Niño en la interpretación del Tribunal Constitucional.....	53
2.4. El Interés Superior del Niño y los derechos que incluyen.....	55
2.4.1. El derecho del niño a vivir con su familia biológica.....	55
2.4.2. El mejor interés del niño en relación con su derecho a la identidad personal.....	58
2.4.3. El derecho de opinión del niño.....	62
CAPÍTULO 3: LA REGULACIÓN DE LA PATERNIDAD SOCIOAFECTIVA EN EL DERECHO COMPARADO Y SU INCORPORACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	70
3.1. Generalidades sobre filiación.....	70
3.2. La filiación socioafectiva.....	75
3.2.1. La filiación socioafectiva en el derecho comparado y su implicancia en los derechos fundamentales de los niños y adolescentes.....	75
3.2.2. La posesión de estado como principio rector en las relaciones de filiación y parentesco.....	80
3.2.3. La importancia de la realidad sociológica como fundamento esencial en la filiación.....	83
3.3. La importancia del derecho a la identidad dinámica en los procesos de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad.....	84
3.4. Propuesta de regulación de la figura de la paternidad socioafectiva en los procesos de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad.....	86
CONCLUSIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	93

TABLA DE ABREVIATURAS

- **ADN:** Ácido desoxirribonucleico.
- **ART:** Artículo.
- **ISN:** Interés Superior del Niño.
- **STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional.
- **TC:** Tribunal Constitucional.
- **TEDH:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- **CEDH:** Convenio Europeo de Derechos Humanos.

RESUMEN

La familia puede ser definida como un conjunto de miembros que comparten una vida y que se encuentran unidos bajo el afecto y amor. El estado de filiación emana entonces principalmente del afecto que se construye entre padres e hijos, aunque no coincida con los lazos consanguíneos.

Teniendo en cuenta ello, es necesario definir a la paternidad no como un vínculo meramente consanguíneo, sino más bien como una función responsable para el desarrollo de determinados sujetos. Debido a la gran importancia que tienen los lazos afectivos en el interés del menor es que nace la teoría de la paternidad socioafectiva, la cual se basa en relaciones de afecto y amor, independientemente de los vínculos consanguíneos.

En base a ello, la investigación está dirigida en plantear la incorporación en el Código Civil y fijar los criterios judiciales de la institución de la paternidad socioafectiva en los casos de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad, con el propósito de cambiar el estándar jurídico de la "verdad biológica" como un valor absoluto, y que prevalezca la paternidad socioafectiva en aquellos casos en que un padre legal ha establecido vínculos socioafectivos con el niño, a pesar de no compartir vínculos consanguíneos.

La presente investigación ha utilizado el método descriptivo y de análisis. Los materiales empleados se basan en la revisión de libros, artículos, tesis, revistas, jurisprudencia nacional y legislación internacional que ha servido para la comparación de fuentes de información y aplicación de fundamentos teóricos a la problemática estudiada.

PALABRAS CLAVES: filiación extramatrimonial, impugnación de paternidad, filiación socioafectiva.

ABSTRACT

The family is a set of individuals who share a life under the same scale of values in which affection is their main reason for integration. The state of filiation is then derived from the affective communion that is built between parents and children, although it does not coincide with blood ties.

Bearing this in mind, it is necessary to define paternity not as a merely consanguineous bond, but rather as a responsible function for the development of certain subjects. Due to the great importance that affective ties have in the interest of the child, the theory of socio-affective paternity was born, which is based on relationships of affection and love, regardless of blood ties.

Based on this, the investigation is aimed at proposing the incorporation into the Civil Code and establishing the judicial criteria of the institution of socio-affective paternity in cases of extramarital filiation and paternity challenge, with the purpose of changing the legal standard of the "biological truth" as an absolute value, and that socio-affective paternity prevails in those cases in which a legal father has established socio-emotional ties with the child, despite not sharing blood ties.

The present investigation has used the descriptive and analytical method. The materials used are based on the review of books, articles, theses, journals, national jurisprudence and international legislation that has served to compare information sources and apply theoretical foundations to the problem studied.

KEYWORDS: extramarital affiliation; challenge of paternity, socio-emotional affiliation.

INTRODUCCIÓN

Actualmente, los procesos de filiación e impugnación de paternidad son los casos más atendidos. Existen numerosos niños y adolescentes que no han sido reconocidos ante la Ley, siendo una de las causas, la falta de responsabilidad de declarar a sus hijos y el incumplimiento de su obligación de reconocimiento de su paternidad, perjudicando con ello, los derechos de los menores a ser reconocidos e identificados con los apellidos de sus padres.

La filiación extramatrimonial o declaración judicial de paternidad puede ser definido como el emplazamiento que hace el hijo o su representante a su progenitor para que por medio de un proceso judicial se le reconozca su paternidad a través de una sentencia declarativa de derecho trayendo como consecuencia que el actor lleve el nombre paterno de su progenitor que libre y voluntariamente se negó a hacerlo. Por su parte, la acción de impugnación de paternidad tiene por fin desvirtuar la presunción que existe respecto del marido de la madre, demostrando que no es el padre biológico del niño que inscribió como hijo suyo. En la tramitación de ambos procesos, al momento de emitirse la decisión judicial no se está tomando en cuenta el bienestar emocional, espiritual y afectivo del menor, en tanto nuestra legislación regula únicamente los vínculos consanguíneos para comprobar la paternidad, dejando de lado los vínculos socio afectivos generados muchas veces entre el padre no biológico con el menor (posesión constante de estado).

La filiación socioafectiva es una institución jurídica que da preeminencia a los vínculos afectivos, aunque muchas veces al margen de la Ley. Hoy en nuestros días, hablar de socio afectividad en las relaciones entre padres e hijos debe ser fundamental, ya que la paternidad no puede verse limitada a información biológica, sino que debe superar dichas fronteras. De esta manera, se debe regular en nuestra legislación peruana el estado de posesión entre un hijo y su padre como un criterio al momento de la declaración judicial de paternidad.

Este vacío legal es el que me impulsó a realizar la presente investigación con la finalidad de demostrar la necesidad de brindar una protección al niño y

adolescente en los procesos de impugnación de paternidad y filiación extramatrimonial, los cuales deberán ser analizados siempre atendiendo cada situación familiar en concreto. Así pueden existir casos en que el niño comparta un vínculo socio afectivo con su padre legal (no biológico), debiendo prevalecer estos lazos y posesión de estado frente a los derechos de un padre biológico que reclama su paternidad, por cuanto de ningún modo el ejercicio del padre puede vulnerar el Interés Superior del Niño, que ha creado un derecho a la identidad dinámica y reconoce a dicha persona, en todo momento, como su padre, a pesar de no compartir vínculos consanguíneos.

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo general: determinar los criterios jurisprudenciales de la paternidad socioafectiva en los procesos de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad, teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño. Asimismo, se han propuesto como objetivos específicos, los siguientes: las características y la regulación jurídica de los procesos de filiación extramatrimonial en impugnación de paternidad en el ordenamiento jurídico peruano; definir la paternidad socioafectiva y establecer su importancia en la determinación de la paternidad en un proceso de filiación e impugnación de paternidad; argumentar la prevalencia del Interés Superior del Niño en los procesos de impugnación de paternidad y filiación extramatrimonial y analizar los derechos de los niños y adolescentes y su superior interés en torno a la posible regulación de la teoría de la paternidad socioafectiva en el Perú.

En cuanto a los capítulos que desarrollaremos, en el primero se abordará sobre los procesos de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad a nivel doctrinario y además su regulación en nuestro ordenamiento jurídico; en cuanto al segundo capítulo se desarrollara el marco conceptual y su regulación tanto en la legislación nacional como internacional del Interés Superior del Niño y adolescente y por último, en el tercer capítulo se desarrollará la regulación de la paternidad socioafectiva en el derecho comparado y su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico, haciendo un análisis de su implicancia en los derechos fundamentales de los niños y adolescentes.

CAPÍTULO 1:

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL E IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

En el presente capítulo se abordarán los temas de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad. Respecto al proceso de filiación extramatrimonial, se desarrollará cómo se determina tanto la filiación materna como paterna, se hará un breve análisis del valor de la prueba biológica para la determinación de paternidad extramatrimonial y finalmente se describirá el proceso de filiación extramatrimonial en nuestro ordenamiento jurídico peruano. En cuanto al proceso de impugnación de paternidad, se desarrollará en qué consiste la regla “pater is est” y se hará relevancia al derecho a la identidad del niño y filiación del niño en torno al derecho de impugnación del padre de su paternidad.

1.1. Filiación extramatrimonial

En esta sección, se abordará cómo se determina la filiación extramatrimonial, luego se desarrollará en qué consiste la filiación materna y paterna, también se explicará el valor que otorga nuestra legislación a la prueba biológica de ADN (ácido desoxirribonucleico) y finalmente se analizará el marco normativo de este proceso en nuestro país.

1.1.1. Determinación de la filiación extramatrimonial

La filiación es la más importante relación de parentesco y que partiendo de una realidad biológica, la cual es la procreación, surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tiene como tema central la problemática legal de los padres e hijos¹. En otras palabras, la filiación es la relación o vínculo biológico que existe entre dos personas, que puede ser originada como consecuencia de hechos biológicos o jurídicos, y es amparada por la ley.

Así pues, dentro de las normas jurídicas que rigen el derecho de familia se consagran ciertos factores que pueden afectar directamente la determinación de la filiación como por ejemplo el estado civil de los padres. Es por ello que el ordenamiento jurídico estableció los presupuestos de hecho a los cuales liga los

¹ Cfr. ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max; ARIAS SCHEREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Exégesis T.VIII*, Lima, Gaceta Jurídica ConoSur, 2001, p.11. En sentido opuesto, Véase: ROJAS ALVITEZ, Karla Patricia. *La filiación paterna en la Reproducción Humana Asistida*, Lima, Editorial Palabra, 2006, p.121.

efectos de la filiación, el matrimonio para la filiación matrimonial o el reconocimiento para la no matrimonial. En el primer caso, porque presupone que el hijo ha sido engendrado por los cónyuges, y en el segundo, porque la declaración del reconecedor revela el hecho biológico de la procreación².

1.1.1.1. La filiación materna

La filiación materna es definida como la relación o vínculo consanguíneo que une a una mujer y a su hijo. La maternidad casi siempre es cierta, y se considera la más fácil de determinar dado el hecho notorio de la gestación y del parto, de allí que la mayoría de las legislaciones civiles, en materia de filiación materna, emplean la disposición latina “mater in iuri semper certa est”, aplicándose la determinación de la maternidad con el alumbramiento³.

Para citar un ejemplo de la regulación de la filiación materna en la legislación comparada, está el Código Civil Venezolano que ha establecido en su artículo 197° que: “*La filiación materna resulta del nacimiento, y se prueba con el acta de la declaración de nacimiento inscrita en los libros de Registro Civil, y con la identificación de la madre*”⁴. En efecto, además de la partida de nacimiento, son también pruebas de la filiación materna, el reconocimiento de la maternidad y la posesión de estado. Sin embargo, en términos generales “*la maternidad se puede probar por cualquier medio, ya que lo que se pretende demostrar es un hecho y no un estado civil*”⁵.

A pesar de que la maternidad constituye casi una verdad indubitable, también es de advertirse que actualmente, con el avance de la ciencia, la filiación materna puede tener variantes, como por ejemplo en las técnicas de reproducción asistida,

² Cfr. MONJE BALMASEDA, Oscar. *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Madrid, Editorial Dykinson, 2011, p.485.

³ Cfr. RODRÍGUEZ TOFFOLO, Mónica. “El fuero maternal de la Madre Subrogada de acuerdo al Ordenamiento Jurídico Venezolano”, *Revista Derecho del Trabajo*, N°8, diciembre 2009, p.25-27, [ubicado el 20.V.2016]. Obtenido en <http://doctrina.vlex.com/ve/vid/fuero-maternal-ordenamiento-venezolano-403021042>.

⁴ Cfr. RODRÍGUEZ TOFFOLO, Mónica. *Op. cit.*, p.25.

⁵ PIEDRAHITA, H. G. *Derecho de Familia*, Bogotá, Temis S.A, 1992 citado por AMADO AMADO, Catalina y LÓPEZ DE ARMAS, Karen. “Determinación de la Filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada”, *Revista de Derecho Privado*, N°52, julio-diciembre 2014. Obtenido en <http://www.redalyc.org/pdf/3600/360033223023.pdf>.

en las que necesariamente la genética del nacido se investigará con técnicas especializadas, como las pruebas de ADN.

1.1.1.2. La filiación paterna

A diferencia de la maternidad, que se determina, en general, por el hecho biológico del parto, la paternidad fuera del matrimonio no puede inferirse a priori de presunción alguna, es por ello que solo puede quedar determinada por el acto voluntario del reconocimiento del hijo, o en caso contrario, por sentencia judicial firme⁶.

La paternidad constituye un lazo de parentesco natural o jurídico que se mantiene entre un hombre y su hijo. La filiación paterna constituye por ende, un elemento principal y fundamental en la construcción de la identidad del niño. Es por esa razón que *“la determinación de la paternidad ha sido un hecho de permanente preocupación por el Derecho, en primer lugar por los efectos que ello genera y, segundo por el tema de su probanza y fijación exacta (pater semper incertus). Es por este esquema que se argumentaron las presunciones de paternidad a efectos de lograr un establecimiento legal a falta de presupuestos biológicos que la consoliden”*⁷.

El reconocimiento paterno del hijo extramatrimonial se define como la manifestación de paternidad o la declaración voluntaria de admitir la propia paternidad. En consecuencia, proclama oficialmente y de modo definitivo la filiación⁸. El reconocimiento es entonces entendido como el acto por el cual el progenitor declara y reconoce a otra persona como su hijo, asumiendo éste la calidad de hijo reconocido, y al otro todos los deberes que el emplazamiento genera. Así mismo, debemos tener presente que el acto si bien tiene efectos jurídicos su correlato también es de un deber moral, cuando la persona tenga total convicción de haber engendrado a un hijo.

⁶ Cfr. BAUTISTA TOMÁ, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. *Manual de Derecho de Familia*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2006, pp.273-274.

⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004, p.101.

⁸ Cfr. MONJE BALMASEDA, Oscar. *Op. cit.*, p.505.

El reconocimiento presenta los siguientes caracteres⁹: es declarativo de estado¹⁰, es unilateral, es puro y simple, es personalísimo y es irrevocable, aunque esto admite excepciones.

El reconocimiento de un hijo, de manera voluntaria, podrá hacerse en cualquier momento pues el efecto sustancial del reconocimiento será, atribuir a una persona el estado de hijo y por consecuencia, todos los derechos y obligaciones que surgen de ese estado pero sobre todo proteger la situación jurídica del no reconocido¹¹. De esta manera, cuando el progenitor realizar el reconocimiento legal de un hijo, éste recibirá todos los derechos que le son propios y el padre todas las obligaciones como el brindar alimentos, ejercer la patria potestad, entre otros.

Lo dicho hasta aquí, constituye el primer medio de acreditar la filiación que es el reconocimiento, sin embargo, ante la falta de aquel acto voluntario, existe la posibilidad de que se puede accionar tal pretensión en la vía judicial.

De esta manera, el hijo extramatrimonial le asistente diversos derechos que le son propios en virtud de su condición de desamparo, tal es así que la investigación judicial de paternidad es aquella acción que el hijo o la madre, en su representación, tienen para llegar a conocer la verdadera paternidad del hijo.

En Francia, la investigación de la paternidad ha pasado por diferentes etapas. En la época pre-revolucionaria, había absoluta libertad para investigar la paternidad, tal es así que la mujer embarazada tenía el derecho de percibir una suma de dinero del varón al que ella señalaba como padre de su hijo, esto es, se tenía en cuenta su sola declaración. Con la revolución, se restringe este derecho, limitándola a ciertos casos. Esta legislación prohibitiva, ocasionó una serie de críticas, que traería como consecuencia que el 16 de noviembre de 1912 se posibilite la investigación de la paternidad¹².

⁹ BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil: Familia*, 13ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2009, p.280.

¹⁰ “El reconocimiento es declarativo de estado, debido a que la filiación nace con el hecho biológico de la procreación y no con la voluntad del reconociente declarada en el acto jurídico del reconocimiento”, Véase, KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación: determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 24.

¹¹ Cfr. BORDA, Guillermo. *Op. cit.*, p.289.

¹² Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil Peruano*, Lima, Editorial San Marcos E.I.R.L., 2010, p.276.

En el Perú, en el Código Civil Peruano de 1852, que tiene influencia del Código Napoleónico, se prohibió la investigación de la paternidad. Los hijos ilegítimos eran mal vistos por la sociedad. Es recién, en el Código Civil de 1936 que se regulan cinco supuestos de investigación de paternidad, sin embargo esto trajo como consecuencia limitaciones ya que la mayoría de hijos se quedaban sin padres. Actualmente, es la Ley 27408 la que posibilita la práctica del ADN, como medio científico de carácter absoluto para la declaración de la paternidad¹³.

La declaración judicial de paternidad ocurre en aquellos casos en que el hijo, o quien lo representa, interpone demanda de filiación extramatrimonial, abriéndose así, un proceso para la investigación de paternidad con la finalidad de determinar si determinado sujeto tiene un nexo o vínculo biológico con la persona que exige su reconocimiento. *“La indagación realizada en proceso judicial para la investigación de la paternidad permite el ejercicio de una facultad inherente de la persona, conocer su ascendencia o descendencia, sentido por el cuál algunos sectores doctrinarios argumentan que su naturaleza jurídica le otorga la calidad de ser un derecho de la persona, el derecho a la investigación de la paternidad”*¹⁴.

El artículo 402° del Código Civil regula seis supuestos que, en caso de ser probados, motivarán la declaración judicial de paternidad, lo cuáles son:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

¹³ Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Op cit.*, pp. 276-277.

¹⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*, 4ta edición, Lima, Editora Jurídica Grijley, p.199.

5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.

6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415°.

La novedad que se introdujo por la Ley N° 27408 del 28 de diciembre de 1998, fue precisamente la comprobación de la paternidad mediante la prueba del ADN. A lo largo de los años, la filiación *"...no ha tenido un desarrollo justo, en tanto que los sistemas cerrados sobre la base de presunciones legales para proceder a la investigación dejaban en una gran proporción a un número significativo de hijos sin padres desde el punto de vista legal"*¹⁵.

No obstante, aun cuando ya se encontraba en vigencia la Ley N° 27408, existían constantes discusiones y controversias sobre si los resultados de la prueba de ADN eran suficientes para una declaración judicial de la paternidad, cuando esta no cumplía con los demás supuestos regulados en el artículo 402° del Código Civil. Este debate se encuentra plasmado en el Acuerdo N° 05 de la Sesión Plenaria del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 1999 sobre Declaración de Paternidad y Maternidad, en el que se acordó por unanimidad que la prueba de ADN debe ser considerada como una prueba de carácter científico de carácter indubitable ya que otorga certeza y establece el vínculo filiatorio. El tratamiento además de esta prueba resultaba diferente en los procesos de filiación matrimonial como en el de filiación extramatrimonial, en tanto, en los primeros, este informe pericial biológico tiene el propósito de negar el vínculo de filiación, en aplicación del artículo 363° del Código Civil; en la filiación extramatrimonial, esta prueba biológica va a fijar la

¹⁵ AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Op cit.*, p.278

filiación en sentido positivo, ya que tiene como objeto demostrar la relación paterno-filial y declarar la filiación¹⁶.

Los avances científicos conllevan a concluir que la filiación es principalmente un hecho biológico o natural y para la determinación de la paternidad es suficiente las pruebas biológicas de ADN, al tener un 99.99% de certeza¹⁷.

La importante y progresista modificación introducida en nuestro Código Civil ha permitido que numerosos hijos no reconocidos, ahora sean emplazados y lleven los apellidos de su progenitor. El legislador además se planteó el supuesto de la negativa del padre de someterse a la prueba biológica, estableciendo que ante tal situación, los magistrados, a pesar que el padre no desee llevar a cabo la prueba biológica del ADN, este será declarado judicialmente como padre.

1.1.2. La prueba biológica y su valor jurídico en el proceso judicial de filiación

El 06 de enero de 1999 se publicó la Ley N° 27048 "*Ley que modifica diversos artículos del código civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad*", norma que introdujo una investigación abierta de paternidad a los casos en que pudiese acreditarse el vínculo biológico a través de la prueba científica de ADN. Es con la dación de dicha Ley que nuestro ordenamiento jurídico incluyó a la prueba pericial de ADN como un método para la investigación de la paternidad, siendo, hoy en día una herramienta muy utilizada en la praxis judicial.

Este avance científico ha revolucionado de forma significativa los campos del derecho de familia, pero, sobre todo, el tratamiento en los procesos de filiación extramatrimonial. De esta manera, permite demostraciones que ofrecen altos niveles de certeza, para establecer la relación biológica filial. Bajo esta perspectiva, el objeto de la prueba genética es dilucidar los lazos o vínculos biológicos entre dos personas¹⁸.

¹⁶Pleno Jurisdiccional de Familia año 1999.

¹⁷ MEJÍA ROSASCO, Rosalía. Declaración Notarial de Paternidad a través de proceso no contencioso de competencia notarial [ubicado el 22.V.2016]. Obtenido en <http://notariarosaliamejia.com/pdf/5.pdf>.

¹⁸ Cfr. VARGAS ÁVILA, Rodrigo. "La Valoración de la prueba científica de ADN en el proceso penal", *Prolegómenos- Derechos y Valores*, Volumen N°25, enero-junio 2010, pp.128-130 [ubicado el 25.V.2016]. Obtenido en <http://www.redalyc.org/pdf/876/87617271008.pdf>.

A efectos de establecer la importancia o relevancia de esta prueba pericial es importante destacar que todos las personas tienen su origen en la unión de dos células (gametos), una procede de la madre (óvulo), la otra del padre (espermatozoide). El resultado de esta unión conlleva a que se forme una única célula, a partir de la cual se desarrollarán todas las células que componen el organismo humano¹⁹. Hay que tener presente “... que el ADN se encuentra en todas las células vivas del organismo, excepto en los hematíes, formando parte de nuestros cromosomas. Es lo que hace que cada persona sea un ser particular, diferente a los demás”²⁰.

Este proceso ocurre y miles de millones de células en el cuerpo humano trabajan en coordinación de acuerdo con las instrucciones del ADN. Así, biológicamente, cada persona hereda su composición genética de sus padres (la mitad de su ADN proviene del padre, la otra mitad de la madre) y toda la información sobre sus características genéticas está contenida en el ADN o ácido desoxirribonucleico del núcleo.

De ahí que la prueba del ADN, sea el proceso para determinar de manera confiable y más precisa, la paternidad biológica en un proceso judicial. Sin embargo, algunos autores consideran que la parte demandada se encuentra en un estado de desventaja, en tanto, la prueba pericial de ADN se constituye como la única herramienta para determinar o establecer su paternidad, limitándose y coaccionándose su derecho a la defensa e incluso algunos sostienen que la prueba de ADN atenta contra su derecho a la intimidad. En ese sentido, la ley presume que la prueba tiene una certeza indubitable; sin embargo, eso no implica que el juez realice una exclusión a la demás carga probatoria presentada al proceso, así mismo, creemos que en ningún caso se vulnera el derecho del demandado, ya que lo que prima y valoran los jueces, es el Interés Superior del Niño y su estatus filiatorio.

¹⁹ Cfr. QUESADA GONZÁLES, María Corona. *La prueba de ADN en los procesos de filiación* [ubicado el 05.VI.2016]. Obtenido en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2005-20049300594_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_prueba_del_ADN_en_los_procesos_de_filiaci%F3n.

²⁰ CORDERO CUTILLAS, Iciar. *La impugnación de la paternidad matrimonial*, Publicacions de la Universitat Jaume, Colecció “Estudis jurídics”, 2001, p.86.

Unos años más adelante a la dación de la Ley N° 27048, exactamente el 08 de enero del 2005 se publicó la Ley N° 28457, la cual modificó la regulación de uno de los supuestos para la determinación de la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial consistente en la acreditación de la filiación biológica, y a la vez creó un mecanismo procesal especial para tramitar esta pretensión²¹. En consecuencia, si el demandado no contesta la demanda de filiación extramatrimonial que le interpusieron o se rehusa a someterse a una prueba de ADN, el Juez declarara judicialmente la paternidad. Esto encuentra su sustento al existir innumerables casos en los que los progenitores se negaban a realizarse la prueba de ADN, lo que conllevaba a que los jueces de familia solo otorguen una pensión de alimentos; no obstante, al determinarse que ante la negativa injustificada del demandado de realizarse esta prueba, se declarará judicialmente la paternidad, esta decisión claro está a fin de salvaguardar los derechos de los niños y niñas a ser reconocidos, esto es, a proteger su derecho a la identidad .

De esta manera, ante el rehusamiento del demandado a someterse a la prueba y no existiendo alguna justificación, el demandado será declarado judicialmente como padre.

De lo expuesto, cabe concluir que la prueba científica de ADN, está basada no en meras presunciones, sino en pruebas que gozan de un fuerte fundamento científico, en la que sus resultados tienen un alto grado de probabilidad y que proporciona en el juzgador la decisión que declare la filiación extramatrimonial.

1.1.3. El proceso de filiación extramatrimonial en el ordenamiento jurídico peruano

En nuestro ordenamiento jurídico, el proceso de filiación extramatrimonial está regulado en el Código Civil Peruano y la Ley 28457 “Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”.

Para hablar sobre filiación extramatrimonial en el Perú, es necesario definir primero qué se entiende por hijos extramatrimoniales. El artículo 386° señala: “*Son*

²¹ RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz May Ling. “¿Yo soy tu padre?: Reflexiones sobre la regulación actual de la paternidad extramatrimonial”, *Revista Unife, Persona y Familia* N° 07, 2018, pp. 107-133.

hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio". Se puede apreciar que, en nuestra legislación, existe una distinción entre los hijos extramatrimoniales y los hijos matrimoniales, según la condición o no de casados de sus progenitores.

En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal que los vincule, de allí que la filiación se determina solo por voluntad del progenitor o por la declaración judicial de la paternidad a través de una sentencia²².

El reconocimiento, entendido como el acto voluntario de declarar la paternidad, se considera el medio más fácil para que el hijo extramatrimonial sea reconocido, sin embargo, de no hacerlo, la persona afectada tiene expedita la acción de acudir a los tribunales, para que practicada la investigación pertinente se declare judicialmente la paternidad, sin ser necesario, la voluntad del padre o la madre. Lo antes señalado, encuentra su sustento en que tanto los hijos matrimoniales como extramatrimoniales gocen de los mismos derechos, y sean los padres quienes tengan en cuenta sus deberes y obligaciones; la esfera social del hijo en estado de abandono constituirá no solo un perjuicio a su derecho a la identidad, sino también al disfrute de sus derechos reconocidos por ley²³.

El acto del reconocimiento se funda en la libre disposición del progenitor de reconocer a su hijo, sin embargo, este derecho no es absoluto, y encuentra sus límites en la capacidad. Nuestro ordenamiento jurídico, plantea la idea de que el reconocimiento tenga dos características principales: capacidad para reconocer, entendida como la mínima posibilidad de querer y entender y, la presunción de procrear²⁴.

Al respecto, el artículo 46° regula que: “[...] *Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo para realizar solamente los siguientes actos 1. Reconocer a sus hijos, 2.Reclamar o demandar gastos de*

²² El artículo 387° del Código Civil regula que: “*El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial. Dicho reconocimiento o sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad obliga a asentar una nueva partida o acta de nacimiento, de conformidad con el procedimiento de expedición de estas.*”

²³ Cfr. SANTIESTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Artículo 387°: Prueba de la Filiación Extramatrimonial” en *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo II, Vol. 1, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, pp. 703-704.

²⁴ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Op. cit. pp.177-179.

embarazo y parto, 3.Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos". Es por la capacidad que parte la idea del carácter irrevocable del reconocimiento, ya que una vez declarado no es posible que el autor vaya en contra de sus actos y renuncie a su paternidad y con ello a las consecuencias jurídicas que generó su actuación²⁵.

Es importante tener presente que para que el reconocimiento sea válido, aparte de la capacidad del declarante, es necesario que la declaración esté en un documento seguro debido a la importancia de su contenido. Nuestro Código Civil, en su artículo 390° establece que: *"El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento."*

La inscripción en el Registro de Nacimiento, es realizado con el apersonamiento del padre, en la que hará el reconocimiento y firmará el acta de nacimiento. Este acto no consiste en el mero hecho de colocar el nombre en la inscripción, sino que debe estar vinculado con la consciencia de que tal acción es el reconocimiento de un hijo, pues si se comprobase que el declarante fue inducido error, esto es que su acto de declaración no fue voluntario, puede ser impugnado mediante una acción de nulidad.

Otra de las formas para realizar el reconocimiento, es mediante escritura pública. Al respecto VARSÍ ROSPIGLIOSI señala que la escritura pública *"representa el documento público por antonomasia que otorga el notario y como tal es un medio típico para establecer el vínculo filial"*²⁶. El reconocimiento de hijo efectuado ante la presencia del notario implica la recepción por parte de éste de la declaración de voluntad del padre. Será responsabilidad del notario la verificación de los requisitos mínimos para tal efecto como la capacidad y conocimiento del sujeto. No obstante, es necesario tener en cuenta que el notario no da fe de la veracidad que puedan tener las declaraciones que se efectúan ante él, pues no es un hecho que pueda

²⁵ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad. Op. cit.* pp.186-187

²⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad. Op. cit.* p. 715

ser cognoscible ni comprobable directamente por el notario, limitándose únicamente a recepcionar la declaración del padre²⁷.

Por último, el acto de reconocimiento también puede efectuarse mediante testamento, ello en tanto, a que la declaración por medio de esta herramienta esta originada por respetar la voluntad del testador, es otorgarle un valor a su última palabra y a la vez reconocer distintas o múltiples formas de reconocimiento²⁸.

El acto de reconocimiento es en principio de carácter irrevocable, sin embargo, la excepción se produce cuando uno de los progenitores no interviene en el proceso, por lo que puede dentro de los 90 días negar su paternidad. *“Este plazo es reducido y perentorio dado que el reconocimiento beneficia, favorece y mejora la situación de un hijo. Es así que dado que cualquier impugnación de reconocimiento habrá de perjudicarle al hijo, la norma determina el tiempo para que este acto pueda ser deslegitimado”*²⁹. De vencerse el plazo, no habrá lugar a la negación de la paternidad.

Por lo antes mencionado, se ha tenido que el reconocimiento es un hecho personalísimo y voluntario de declarar a un hijo. Sin embargo no constituye el único medio para obtener el reconocimiento, pues los hijos pueden suplir esta falta de voluntad, por una acción judicial que demuestre su filiación.

Con el propósito de que los niños, niñas y adolescentes gocen de un estado filiatorio y proteger su derecho a la identidad, el legislador ha optado por la declaración judicial de paternidad, como base del bienestar del hijo extramatrimonial. Es por ello, que frente a los innumerables casos de hijos no reconocidos, se planteó la posibilidad que los perjudicados entablen su demanda de filiación ante un órgano

²⁷ Cfr. GUTIERREZ ENRIQUEZ, Tatiana. *Los negocios jurídicos familiares: El reconocimiento del hijo, Perfiles dogmáticos y jurisprudenciales*. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Civil, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

²⁸Cfr. GANDULFO RAMÍREZ., Eduardo. “Reconocimiento de Paternidad: Tópicos y Cuestiones Civiles”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, núm 2, 2007, pp.233-234

²⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Artículo 400°: Plazo para negar el reconocimiento” en *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo II, Vol. 1, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 754.

jurisdiccional y que mediante las pruebas biológicas u otros medios³⁰ se proceda a la investigación y por último declaración de la paternidad.

La acción de filiación extramatrimonial según el artículo 410° del Código Civil, es imprescriptible. Se debe entender por “imprescriptible” cuando se pierde la capacidad, debido al paso del tiempo, de exigir el derecho. Así mismo tal fundamento está en base al derecho a la identidad reconocido en la Constitución³¹ y en el derecho de los niños a conocer a sus padres, regulado en la Convención sobre los Derechos del Niño³².

El artículo 1° de la Ley N° 28457, “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, se establece que: “*Quién tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad*”. Siguiendo con el artículo 2°: “*La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica de ADN, dentro de los diez días siguientes*”. Bajo esta premisa debemos entender que el emplazado tiene la libertad, y en el ejercicio de su defensa, facultades para oponerse al mandato y someterse a la realización de la prueba genética ADN, y de no hacerlo dentro del plazo de diez días, será declarado como

³⁰ Al respecto el artículo 402° del Código Civil Peruano establece que: “*La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: 1) Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita; 2) Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia; 3) Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales; 4) Los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; 5) En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitada; 6) Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza*”.

³¹ Art. 2° de la Constitución Política del Perú: “*Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.*”

³² La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 7.1 establece que: “*El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*”

padre. Para los efectos del resultado de la prueba, el examen se practicará con muestras del padre, de la madre y del hijo.

La sentencia que declare judicialmente como padre al demandado produce los mismos efectos que el reconocimiento, esto en base a lo establecido por el artículo 412³³ del Código Civil, es decir el hijo tendrá derecho a la pensión alimenticia, y sucesión y otros que le son propios, sin perjuicio de algún tipo de distinción. Caso contrario, respecto a la sucesión no se asimila la reciprocidad sucesoria, por cuanto los padres del hijo cuya filiación ha sido declarada judicialmente no tienen derecho a una pensión alimenticia ni a la herencia.

Posteriormente, en el año 2011 se publicó la Ley N° 29715, la cual modificó el artículo 2° de la Ley N° 28457 se aprobó la inversión de la carga de la prueba de forma que sea la parte demandada que se opone a la declaración de la paternidad la que asume el pago de la prueba de ADN. Asimismo, se precisó que para efectos de los procesos de declaración judicial de paternidad extramatrimonial *“no resulta necesaria la realización de la audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece el artículo 265° del Código Procesal Civil”*.

En el mismo año, se publicó la Ley N° 29821 incorporar como pretensión acumulada a la determinación judicial de la paternidad extramatrimonial, la determinación de los alimentos correspondientes. Para eso se dispuso el traslado de la pretensión alimentaria junto con el mandato de paternidad extramatrimonial, la obligación de la absolución de esta en el plazo de 10 días desde la notificación válida y, en casos de oposición a la pretensión de paternidad, se fijó la convocatoria a una audiencia única a realizarse dentro de los 10 días siguientes para que se haga la toma de muestras para la prueba de ADN y la determinación de los alimentos.

En el año 2017, se promulgó la Ley N° 30628, a través del cual se señaló:

- El demandado en los procesos judiciales de filiación extramatrimonial deberá asumir el costo de la prueba de ADN en la audiencia al laboratorio privado

³³ El artículo 412 del Código Civil señala que: *“La sentencia que declara la paternidad o la maternidad extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento. En ningún caso confiere al padre o a la madre derecho alimentario ni sucesorio”*.

al que se encargue la realización de la prueba. Si la parte demandada no realiza el pago, se programa la toma de las muestras dentro de los 10 días siguientes hábiles, vencido ese plazo se declarará judicialmente la paternidad.

- La demandante puede asumir el costo de la prueba en un laboratorio privado. Si el resultado de dicha prueba resulta positivo, la parte demandada debe reintegrarle lo asumido a la demandante.
- La posibilidad de que el demandado se allane a la demanda, desde que fue notificado hasta antes de la realización de la prueba biológica de ADN.
- La parte demandante se encuentra exonerada del pago de tasas judiciales en el proceso de filiación extramatrimonial.
- Se modificó el artículo 424°, inciso 10 del Código Civil, en consecuencia, no se exigirá en las demandas por alimentos y de declaración judicial de paternidad, la firma de un abogado.

1.2. Impugnación de paternidad

En esta sección, se desarrollará la presunción de paternidad dentro de la filiación matrimonial para luego analizar los derechos e intereses de los menores que se contraponen en un proceso de impugnación de paternidad.

1.2.1. La presunción de paternidad del marido: *la regla pater is est*

La filiación y el matrimonio siempre han tenido una relación estrecha, desde el punto de vista jurídico, pues el matrimonio tiene como una de sus finalidades la procreación, y la reproducción de la familia. Por otro lado, el contexto de la legislación nos indica que el cauce jurídica y éticamente recomendable para traer hijos al mundo es la comunidad estable y comprometida a la que damos el nombre de matrimonio.³⁴

Si bien la legislación, no hace diferencias entre hijos nacidos fuera de matrimonio y los hijos nacidos dentro del matrimonio; la clasificación que hace el código es solamente para establecer los mecanismos de reconocimiento del hijo

³⁴ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán. "La filiación matrimonial" en *Actualidad Jurídica*, N° 7, 2003, pp.241-262.

extramatrimonial, así pues, una vez reconocido, tendrán ambos los mismos derechos. Aunado a ello, debemos tener presente que, más allá de la igualdad de efectos entre la filiación matrimonial o no matrimonial, existe una diferencia estructural entre ambas. “...*El hijo de filiación matrimonial tiene necesariamente un vínculo que es doble: paterno y materno a la vez, y es insertado en la comunidad que existe entre sus padres, los que tienen el compromiso jurídico de constituir una familia para él*”³⁵.

El hijo nacido dentro de un matrimonio, tendrá por padre al marido. Tal presunción de paternidad dentro de la filiación matrimonial no es gratuita afirmación legal, sino que se justifica o sustenta- al margen de otras más complicadas explicaciones sobre su fundamento y mecanismo de atribución de la paternidad-sobre dos puntos a) la presunción de convivencia de los cónyuges y b) la llamada presunción de concepción, que permite suponer que la concepción del hijo ha ocurrido en un determinado plazo. Del primer punto se infiere que, por regla general, el hijo que nazca dentro del matrimonio será atribuido al marido, siempre y cuando haya existido la cohabitación entre los cónyuges, sin embargo, de no ser así, dicha presunción carecerá de valor. Con respecto al plazo para que se efectúe la presunción, los artículos 361° y 362° de nuestro Código Civil, señalan respectivamente: “*El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre el marido*”; “*El hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es su marido o sea condenada como adúltera*”. En consecuencia, si el hijo nace después del plazo legal establecido por el legislador, no se presumirá la paternidad del marido.

El factor de atribuirle la paternidad al marido dentro del vínculo matrimonial, es un hecho que tiene sustento no sólo en la protección jurídica del niño, sino también en la misma naturaleza³⁶.

En esa línea, la averiguación de la filiación está dirigida a resguardar el interés del menor a conocer su verdadero origen o los vínculos consanguíneos que lo unen con determinada persona. Tiene como propósito establecer una vinculación entre

³⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán. *Op cit.*, p.6.

³⁶ Cfr. GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo. “Revisión de la Paradoja de la Regla de Paternidad Marital: un examen analítico”, *Revista de Derecho*, N° 5, julio 2014, pp. 85-118.

la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y con ello, la superación del formalismo que históricamente ha rodeado esta cuestión³⁷.

La presunción *pater is est* ha tenido un cambio importante en nuestra legislación. Hace algunos años, solo el marido, así como sus herederos y ascendientes en caso de que éste hubiera muerto, estaban legitimados para interponer una demanda de impugnación de paternidad matrimonial. Resultaba inadmisibile que un tercero aún conociendo que es el verdadero padre biológico, pueda contradecir la paternidad de hijo de mujer casada. Sin embargo, en el año 2014, la Corte Suprema ha reconocido que el padre biológico puede reconocer a hijo de mujer casada, sin ser necesario que el esposo haya negado su paternidad, tal y como establece el artículo 396^{o38} del Código Civil.

En la Casación N° 2726-2012- DEL SANTA, la Corte Suprema consideró que, por encima de la regulación, lo que está en juego es la identidad biológica del menor. De esta manera, resaltó la preeminencia de la protección de los derechos del menor, especialmente su derecho a la identidad y principio de Interés Superior del Niño. La Corte Suprema arribó a la conclusión que si bien la presunción *pater is est* es una regla de carácter imperativo, también admite prueba en contrario (por ejemplo, que una prueba de ADN acredite que no es su padre biológico). En dicho caso, la Corte Suprema concluyó que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, venían desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacían vida familiar con la madre biológica y además de la evaluación psicológica practicada a la menor se llegó a la conclusión que la niña identificaba como padre al demandante lo que determinaba el estado de posesión de la niña con el demandante, por lo que se declaró, entre otros, inaplicable lo previsto en el artículo 396^o del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado.

³⁷ Cfr. PLÁCIDO V. Alex. "La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial", *Supra Iuris Revista Usmp Final*, 2013, pp. 129-183 [ubicado el 22.VI.2016]. Obtenido en http://www.revistasacademicas.usmp.edu.pe/_uploads/articulos/cb3a0-12.pdf.

³⁸ El artículo 396^o del Código Civil Peruano establece que: "El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor. Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.»

Concluye, en ese sentido, que la negación previa de la paternidad para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en los casos de hijos nacidos dentro del matrimonio no solo perjudica el derecho del padre biológico sino que principalmente agravia el derecho a la identidad del niño, niña o adolescente, por el cual el Estado tiene absoluta responsabilidad de brindar protección, teniendo en consideración lo regulado por el artículo 4º de nuestra Constitución Política del Perú.

De este modo, la Sala Suprema analizó que la presunción regulada en el artículo 396º solo podía afectar al menor, precisamente su derecho a conocer su verdad biológica, entendido como un derecho no solo reconocido en la Constitución, sino que goza de reconocimiento internacional.

1.2.2. El derecho de impugnación del padre y la protección del derecho a la identidad y filiación del niño

Se ha establecido ya, líneas arriba, la importancia de la filiación. El derecho a la filiación está íntimamente ligado al derecho a la identidad, basado en la preeminencia de conocer el origen biológico, de allí es que se hable de identidad filiatoria desde el punto de vista de la procreación del hijo y otra enraizada por los vínculos creados entre padres e hijos.

El conocer el origen biológico, es un pilar fundamental y básico, nuestra legislación no es ajena a estas cuestiones. Nuestro Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia³⁹ ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la vigencia del derecho a la identidad en nuestro ordenamiento y ha sustentado una posición favorable basada en su vinculación con el derecho de filiación que tiene toda persona, recalcando también la protección en cuánto al Interés Superior del Niño.

En ese sentido, en los procesos de impugnación de paternidad confluyen dos intereses totalmente opuestos, por un lado, el derecho al padre de impugnar una paternidad que no le corresponde por no tener la calidad de padre biológico, y por otro lado el principio del Interés Superior del Niño que trata de buscar que las

³⁹ Véase sentencia del TC- Exp. 3249-2013.

decisiones judiciales no le sean perjudicables. Dicho esto, con el derecho a la impugnación de paternidad se dejaría de lado los diversos derechos que se desprenden de la filiación.

La impugnación de paternidad matrimonial es aquel proceso que busca desvirtuar, destruir u eliminar la presunción de paternidad atribuida al marido, respecto de los hijos concebidos dentro del vínculo matrimonial. Así, nuestro Código, confiere el derecho al padre de impugnar la paternidad. Dicha acción que se realiza judicialmente “...*deja sin efecto la filiación matrimonial determinada conforme a Derecho*”⁴⁰. Podemos señalar de lo referido que los legisladores deberían tomar en cuenta la base del Interés Superior del Niño como criterio para determinar si se concede la impugnación de paternidad al padre o no. No obstante, es de resaltar que el nexo biológico o vínculo consanguíneo no puede estar por encima de una identidad dinámica que el niño ha construido con quien él considera es su padre.

El derecho del niño a preservar su identidad construida es superior al derecho del padre a impugnar su paternidad y, en caso de contraposición entre ambos derechos, debe prevalecer necesariamente el primero, a fin de no causar perjuicio o atentar contra la situación de filiación del menor.

⁴⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín y otros. *Derecho de familia*, Cuarta Edición, Barcelona, Cometa S.A, 1997, pp.470-471

CAPÍTULO 2:

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL E IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

En la primera parte del presente capítulo se ahondará sobre el principio del Interés Superior del Niño en cuanto a su marco conceptual y contenido. En el segundo punto se hará un análisis del rol del Interés Superior del Niño en el derecho internacional y por último se desarrollará la aplicación de este principio en las figuras jurídicas de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad, es decir se hará una evaluación del procedimiento de dichos procesos enmarcado dentro del sistema de protección de los niños y adolescentes actualmente existente en nuestro ordenamiento jurídico.

2.1. Marco Conceptual del Interés Superior del Niño

Actualmente, el Interés Superior del Niño ocupa un lugar importante en diversos ordenamientos jurídicos, legislación, pronunciamientos judiciales y la doctrina referida al derecho de familia y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes; sin embargo, su definición, sus características y la forma en qué ha de ser aplicada en la realidad o praxis se torna complicado por la amplitud de su contenido y las diversas interpretaciones que se dan en la doctrina.

Así, por ejemplo, un análisis del ISN (Interés Superior del Niño) no debe prevalecer posiciones culturales que podrían conducir a abusos contra los derechos humanos de los niños o adolescentes, en tanto, en ocasiones estas actividades no buscan más que amparar las estructuras de dominio y poder de estas comunidades lo que conllevaría a perjudicar los derechos de los niños que se encuentran involucrados como una restricción al derecho a la educación o el de la salud⁴¹.

En palabras de GARCÍA MÉNDEZ⁴² *“debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, de armonizarse la*

⁴¹ ALIAGA GAMARRA, Jimena. *El Interés Superior del Niño y del adolescente en la adopción internacional en el Perú*. Tesis para obtener el título de abogado, Lima, PUCP, 2015.

⁴² GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Infancia y Derechos Humanos-Estudio Básicos de Derechos Humanos*, Tomo II, San José, Instituto Interamericana de Derechos Humanos 1995, p.298.

utilización de este como una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder, la cual puede definirse como la legitimación de una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad”.

El Interés Superior del Niño es un derecho y una garantía procesal que concede al niño una especial atención y de que se le considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que le pudieran afectar, es por ello que los organismos públicos o privados están obligados a tener en cuenta es principio al momento de expedir sus fallos o resoluciones motivando adecuadamente este principio fundamental. Cabe señalar que este derecho que le asiste a los niños es de vital importancia para el desarrollo y protección de sus derechos⁴³.

En términos generales, se debe entender al Interés Superior del Niño como un principio de interpretación jurídica fundamental que comprende dos significados: 1) el interés superior como regla de procedimiento que actúa además como regla fundamental para dar tramitación a las controversias que pudieran presentarse con relación a otros derechos ⁴⁴ y 2) el interés superior como principio garantista de forma que toda disposición que involucre a los menores de edad debe tenerse en cuenta la satisfacción plena de los derechos de los niños, niñas y adolescentes⁴⁵.

De esta manera, el interés “superior”⁴⁶ del niño es un concepto que debe ser analizado teniendo en cuenta cada situación en concreto. De esta manera, se debe evaluar los intereses a fin de arribar a una decisión adecuada que proteja

⁴³ LORA, Laura. “Discurso jurídico sobre El Interés Superior del Niño”. *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*, Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2006, pp. 479-488.

⁴⁴ SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE LA PRIMERA INFANCIA EN AMÉRICA LATINA. El Interés Superior del Niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas, Unicef, 2014.

⁴⁵ LLANCARI ILLANES, Santiago. “El principio del Interés Superior del Niño como principio fundamental en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de los Niños y Adolescentes”, *Revista Jurídica “Docentia e Investigatio”*, Vol 12, N° 2, 2010, pp.77-82.

⁴⁶ Cabe señalar que la calificación "superior" está destinada a resaltar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que la comunidad, las entidades públicas o privadas, a menudo pasan por alto en situaciones de conflicto. Se trata de determinar la primacía de los derechos del niño sobre otros derechos que puedan menoscabarlos.

especialmente los derechos de los menos, en cuanto ellos son sujetos de derechos y por tanto, protagonistas de sus vidas.

En ese sentido, el principio de interés superior sobrepasa los perímetros legislativos o judiciales, y recayendo la obligación en todas las autoridades ya sea de instituciones públicas o privadas de tener en cuenta esta garantía procesal. A los niños les asisten derechos que deben ser respetados, o en otras palabras, los menos tienen derecho a que previo a tomar una medida o decisión que los involucre o que les pueda perjudicar, se deben adoptar o promover aquellas que protejan sus derechos y más primordiales intereses⁴⁷.

Entre las funciones de este principio se puede sostener que: i) es programático, dirigido a los legisladores y los funcionarios encargados de la elaboración de leyes, quienes tienen la obligación de prestar especial atención a este principio; ii) es de efectividad inmediata en las siguientes vertientes: a) como pauta de interpretación del derecho escrito llegando a contradecir sus disposiciones; b) como integrador del ordenamiento colmando sus lagunas y c) como inspirador e impulsador de medidas concretas de acción positiva⁴⁸.

En definitiva, con el ISN “*se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales*”⁴⁹ por lo que se puede afirmar que tiene un propósito protector de los niños, a fin de que se tome en cuenta principalmente su bienestar debido a su situación de vulnerabilidad, por lo que este principio debe ser tomado en cuenta por los tribunales de justicia, órganos legislativos y otras instituciones cuando tomen una decisión que los involucre.

⁴⁷ CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño* [ubicado el 27.IX.2016]. Obtenido en <https://forodeespanol.com/Archive/ParentesisYCorchetes/bhvpjg/post.htm>

⁴⁸ Cfr. MENDEZ COSTA, María Josefa. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2006, p. 31

⁴⁹ TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo. “*El Interés Superior del Niño, ¿puede modificar los acuerdos contenidos en una conciliación judicial?*”, *Actualidad Jurídica*, N°182, setiembre 2009, pp.126.

2.2. El rol del Derecho Internacional en la configuración del Interés Superior del Niño y adolescente

Conforme se ha establecido el principio del ISN, es un conjunto de acciones que se deben adoptar para alcanzar la plena satisfacción de los derechos de los niños y adolescentes, es establecer las condiciones que permitan alcanzar un desarrollo integral y una vida digna. A continuación, se desarrollará las funciones e interpretación de este principio en distintos instrumentos internacionales (Convención de los Derechos del Niño y Comité de los Derechos del Niño) así como en la jurisprudencia internacional (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

2.2.1 El Interés Superior del Niño en la Convención de los Derechos del Niño

El 26 de diciembre de 1924, la Sociedad de Naciones Unidas adoptó la Declaración de Ginebra, el primer instrumento internacional que reconoce y afirma por primera vez, la existencia de derechos específicos para los niños y niñas⁵⁰. Se reconoce a esta declaración como el símbolo histórico de protección de los derechos de la infancia, y gracias a ello se valora los derechos de los niños y se otorga una adecuada y protección jurídica.

La Declaración de Ginebra de 1924 afirma lo siguiente:

“Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.

⁵⁰ DECLARACIÓN DE GINEBRA SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 1924 [ubicado el 17.I.2017]. Obtenido en www.humanium.org

2. *El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.*
3. *El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.*
4. *El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.*
5. *El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo*⁵¹

Se puede observar que en la Declaración de 1924 no regula de forma explícita derechos, sino más bien se utiliza la expresión “el niño debe ser” en vez de “el niño tiene derecho a...”. Aunado a ello, en el preámbulo se emplea el término: “los hombres y mujeres [...] afirman así sus deberes”, entendiéndose así una lista de obligaciones que tienen los adultos para con los niños⁵². Es decir, la intención era crear un texto que protegiera al niño, imponiéndole deberes a los adultos para con ellos.

Posterior a la Segunda Guerra Mundial, los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), decidieron fundar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ello como consecuencia a las violaciones de derechos que se realizaron durante los años que duró la guerra. Esto significó un gran progreso para los derechos de los niños y adolescentes al crearse derechos que emanan de la dignidad humana y además una protección a esos derechos; sin embargo este instrumento carecía de fuerza obligatoria para los Estados⁵³.

En el artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establece lo siguiente: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado*

⁵¹DECLARACIÓN DE GINEBRA [ubicado el 20.I.2017]. Obtenido en: <http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf>.

⁵² GÓMES DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La Evolución del Interés Superior del Niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva*. Memoria para optar el grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, 2015.

⁵³ GÓMES DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La Evolución del Interés Superior del Niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva*. *Op cit.* p.7.

que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”

Es de notarse que en la Declaración Universal de Derechos humanos se cambia la concepción del niño como objeto de derecho y más bien se le considera como receptor de todos los Derechos Humanos. Así mismo se establece que los niños por su condición de vulnerabilidad necesitan de un cuidado y protección especial, sin distinción de los nacidos fuera del matrimonio.

Más adelante, en el año 1959 se aprobó, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración de los Derechos de los niños y niñas, en donde se introdujo una noción al concepto de “Interés Superior del Niño”. En su preámbulo se señala lo siguiente: *“Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”*⁵⁴

Así mismo, en su segundo principio se señala: *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y*

⁵⁴ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE [ubicado el 23.I.2017]. Obtenido en <http://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>

dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se tenderá será el Interés Superior del Niño”.

En este sentido, la importancia de este principio radica en que se busca una protección y cuidado especial al niño, quien tiene pleno derecho de gozar de una atención y consideración primordial, con la finalidad de que pueda alcanzar un desarrollo adecuado tanto mental, físico, moral, espiritual y a nivel social, estableciendo la obligación en los Estados, la comunidad y también en la familia de buscar siempre prevalecer este principio⁵⁵.

Finalmente, a pesar de los diversos tratados que incidían en la necesidad de proporcionar al niño una atención especial, estos no eran de carácter vinculante para los Estados, es por ello que ante la falta de determinación exhaustiva de los derechos del niño, aparece en 1989 la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁵⁶, es en este instrumento internacional donde el principio del Interés Superior del Niño para ser uno de los principios rectores de protección del niño⁵⁷.

Ahora, la Convención de las Naciones Unidas consideró que el ISN no solo es un concepto enunciativo sino que debe ser tomado en cuenta como una disposición de interpretación jurídica de los demás artículos contenidos en la Convención⁵⁸. En otras palabras, los jueces deberán realizar un análisis integral y sistémico de los derechos del niño y considerar en sus resoluciones y fallos este principio.

⁵⁵ LOPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. “Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido” en *Revista Iationamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Vol.3, N°1, junio 2015, pp.51-70.

⁵⁶ La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional que reconoce los derechos humanos de los niños y las niñas, definidos como personas menores de 18 años. La Convención establece en forma de ley internacional que los Estados Partes deben asegurar que todos los niños y niñas —sin ningún tipo de discriminación— se beneficien de una serie de medidas especiales de protección y asistencia; tengan acceso a servicios como la educación y la atención de la salud; puedan desarrollar plenamente sus personalidades, habilidades y talentos; crezcan en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; y reciban información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y participar en el proceso de una forma accesible y activa. Obtenido en https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html.

⁵⁷ TORRES FLOR, Analucía. *Derecho a la identidad y Reproducción Humana Asistida Heteróloga*, Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 2014, pp.149-150.

⁵⁸ ALEGRE, Silviana; HERNÁNDEZ, Ximena y ROGER, Camille. *El Interés Superior del Niño. Interpretaciones y experiencias lationamericanas*, marzo 2014, p.10.

La Convención elevó el principio del Interés Superior del Niño como una norma de carácter fundamental, que no solo se toma en cuenta en las decisiones judiciales sino también en toda decisión pública o incluso en las políticas públicas y que tiene como propósito alcanzar una sociedad más justa y respetuosa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes⁵⁹. El Interés Superior del Niño se encuentra regulado en el inciso 1 del artículo 3° de la Convención, el cual refiere: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño*”⁶⁰.

En base a lo señalado en la Convención sobre los Derechos del Niño, se tiene que el Interés Superior del Niño debe entenderse como un principio regulador de la normativa de los derechos de los niños y niñas, donde las decisiones que tomen los jueces y funcionarios deben tener en cuenta, los factores sociales y culturales del ámbito social en el que se ha desarrollado el menor, en tanto, es obligación del Estado y la comunidad respetar la pluralidad cultural lo que implica que se acepten las diferencias culturales sin que ello conlleve a permitir prácticas que signifiquen un menoscabo a los derechos e intereses de los niños o más aún se restrinjan sus derechos por actividades culturales o practicadas en las comunidades en que habitan ⁶¹.

Así mismo, esta garantía procesal se caracteriza por resaltar que los niños y niñas son protagonistas de sus vidas y como tal deben respetarse los derechos que le son propios y también propiciar o crear el ámbito que les permita ejercerlos y disfrutarlos de manera plena, sin limitaciones o interferencias de terceros⁶². Es decir, este principio persigue que los niños alcancen el libre desarrollo de su

⁵⁹ CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño* [ubicado el 16.II.2017]. Obtenido en <https://forodeespanol.com/Archive/ParentesisYCorchetes/bhvpq/post.htm>

⁶⁰ Artículo 3°, inciso 1° de la Convención sobre los Derechos del niño.

⁶¹ HERNÁNDEZ CERVANTES, Gonzalo. *La pérdida de la patria potestad y el interés menor*. Tesis para obtener el grado de doctor por la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2010.

⁶² LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. Interés superior de los niños y niñas: Definición y Contenido, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2016, pp.1-17.

personalidad y asegurarle una protección a sus derechos en toda circunstancia que pueda afectar o incidir en su bienestar. Se debe recalcar además el deber que tienen los diversos poderes públicos de remover todo obstáculo que pueda perjudicar al menor.

Es importante evaluar, al momento de tomar una decisión en el que se vea involucrado un menor, los efectos o impactos que pueda generar tal decisión, como podría ser la alteración o mantenimiento de su entorno, que a su vez incluiría considerar distintos aspectos como personales, físicos y morales de los niños o adolescentes⁶³. Por tanto, al momento de que el juez emita una resolución o resuelva en tal o cual sentido deberá de ponderar lo que más convenga al niño y lo que tal decisión generará.

Un tema especial respecto al interés superior de los niños, es la intervención del niño o adolescente en los procesos de filiación extramatrimonial, en la que está en peligro el derecho a su identidad, muchas veces porque en estos procesos, el bienestar del padre, que busca la declaración de filiación, no es compartido con el bienestar de su hijo. Es decir, en muchos casos, el padre no biológico entabla vínculos socioafectivos con su hijo, a pesar de ello mediante un proceso de impugnación de paternidad, se declara judicialmente la paternidad al padre biológico, a pesar que no existe tal vínculo de unión con su hijo. De esta manera, el niño queda en una situación considerada de alto riesgo por su condición de vulnerabilidad, en la que está en peligro su derecho a la identidad entendida como aquella construida a lo largo del tiempo.

En ese sentido, es importante proteger el derecho de identidad del niño a lo largo de su vida, es decir ese desarrollo, emocional, psicológico y social alcanzado en relación con su entorno.

Los padres, son los principales garantes de los intereses de sus hijos, en cuanto a su bienestar físico y psicológico. En el mismo sentido, el Estado a través de sus poderes, los órganos legislativos, los gobiernos locales y demás instituciones

⁶³ LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. *Op. cit.* p.5.

privadas están obligados a determinar qué es lo que conviene al interés superior del niño.

2.2.2. El Interés Superior del Niño en la interpretación del Comité de los Derechos del Niño

El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General y en numerosos pronunciamientos ha manifestado la importancia del principio de interés superior de los niños entendido como la prevalencia del bienestar de los niños y como los Estados partes deberán interpretar sus derechos de acuerdo a los factores pertinentes para cada situación concreta del niño, el contexto o las necesidades personales.

El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14 señala que el concepto de Interés Superior del Niño es un concepto dinámico que implica tres contenidos:

- a) Un derecho sustantivo, el interés del niño debe ser considerado primordialmente y de manera especial en cualquier situación o proceso en que este se pueda ver afectado.
- b) Un principio de interpretación, se dará una interpretación favorable de modo que se integre de manera más plena el Interés Superior del Niño en aquellas disposiciones jurídicas que tengan más de una interpretación.
- c) Una norma de procedimiento, siempre que se tenga que tomar una decisión que pudiese afectar a un niño o a un grupo de niños, se deben tener en cuentas las repercusiones o consecuencias ya sea positivas o negativas, para que de esta manera se garantice de manera efectiva el bienestar del menor.

Aunado a ello, el Comité, en su Observación General N° 14 esboza una lista de elementos a tener en cuenta a la hora de evaluar y determinar el Interés Superior del Niño. Los elementos se explican de la siguiente manera:

En primer lugar, se destaca el derecho de opinión que tiene el niño. El niño tiene derecho a expresar su opinión en todas las decisiones que le afecten. De no considerarse tal opinión de acuerdo a su edad y madurez se dice, que habría una restricción al principio del ISN, en el sentido, que no existirá una participación activa de parte del menor en los procesos que determinará su situación⁶⁴. Cuando el niño es muy pequeño o sufre de alguna discapacidad, no se debe reducir la importancia de su opinión, sino que en cambio esta debe someterse a una evaluación personal y de prestar apoyo a los especialistas en caso de ser necesario. Lo que se busca es que estas limitaciones no causen una desventaja de participación a los niños en las medidas que pudiesen afectarles.

En la Observación General N° 12 se explica sobre la consideración de la opinión del niño de acuerdo a su edad y madurez, manifestando que esto está referido a la formación del propio juicio del niño sobre todos aquellos asuntos que pudiesen afectarle. El párrafo número 28 menciona que *“El artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso”*. En ese sentido, Los Estados Partes deben alentar al niño a que se forme una opinión libre y ofrecer un entorno que permita al niño ejercer su derecho a ser escuchado.

En segundo lugar, se considera la identidad del niño y se menciona que este derecho abarca características tales como *“el sexo, la orientación sexual, el origen*

⁶⁴ Tal situación acontece en los procesos de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad, en donde se está dejando de lado la opinión del menor. En ese orden de ideas, será necesario que se respete el derecho del niño, niña y adolescente a emitir su opinión y a que se le tome en cuenta, en tanto el proceso judicial les involucra, además ello conlleva a que el Estado tenga la obligación de crear las condiciones necesarias para que el niño ejerza este derecho.

nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad”, considerando que esta identidad está en constante evolución a lo largo del desarrollo del niño. En ese sentido, al tener en cuenta el principio del Interés Superior del Niño, también deberá considerarse la protección a su derecho a la identidad.

En cuanto a los procesos de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad, existen algunos elementos esenciales que no han sido considerados en nuestra legislación nacional, como es la prevalencia de la *identidad dinámica* desarrollada y adquirida durante el tiempo que ha vivido un menor con su padre no biológico, con el derecho del padre biológico de ser reconocida su paternidad. Así, en muchos casos el niño desarrolla una identidad con su padre legal y sin embargo, el padre biológico decide impugnar dicha paternidad siendo que en nuestra jurisprudencia se resuelve dicha controversia en base a la prueba pericial de ADN, dejando de lado la identidad dinámica adquirida por el menor con su familia que aunque no biológica, ha compartido lazos socioafectivos. En ese orden de ideas, el Comité también recalca la importancia del niño a la vida familiar, interpretando al término “familia” en un sentido amplio, comprendida por los hijos y padres biológicos, adoptivos o de acogida o en algunos casos los miembros de la familia ampliada.

El tercer criterio busca la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, considerando a la familia como “*unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños*”. Prevenir la separación familiar se entiende como elemento esencial de la protección del niño, de su bienestar y de su desarrollo integral. En forma complementaria, se suman criterios vinculados con el cuidado, la protección y la seguridad de los niños. Ello se traduce en la obligación del Estado de garantizar el bienestar del niño, el cual abarca necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, el desarrollo del niño, su necesidad de afecto y seguridad. El Comité llama a tomar especialmente en cuenta la situación de especial vulnerabilidad, como en el caso de los niños con discapacidades, refugiados, abandonados, en situación de calle, víctimas de maltratos, etc. Finalmente, se

destaca la importancia velar por el respeto del derecho a la salud y a la educación en toda circunstancia.

El Interés Superior del Niño es considerado por el Comité de los Derechos del Niño como principio rector guía de la Convención de los Derechos del Niño; por lo que las decisiones que se tomen en base al Interés Superior del Niño, deberán tener estricta relación con una interpretación integral de la normativa de la Convención⁶⁵. Es importante tener en cuenta los criterios antes descritos para una evaluación y establecimiento del Interés Superior del Niño, los cuales deberán ser considerados atendiendo a cada caso y situación en concreto de cada niño o grupo de niños, tales como la edad, el grado de madurez, sus capacidades físicas y su contexto social y cultural.

2.2.3. El interés superior en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En diversas jurisprudencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que, en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, familiar o social se deberá tener en cuenta de manera especial el ISN.

Así en la sentencia de fecha 8 de julio de 2004 en el caso “Los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú” se estableció en el fundamento 163º que: *“cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del Interés Superior del Niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”*. En esta sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ratifica el Interés Superior del Niño como medio de realce de su dignidad de ser humano y necesidad de propiciar el desarrollo de sus potencialidades y resalta la obligación de los Estados de garantizar que este principio se tome en

⁶⁵ YANES SEVILLA, Lucila Cristina. *El Interés Superior del Niño en los procesos de niñez y adolescencia en la ciudad de Ambato*. Tesis para obtener el título magíster en Derecho Procesal, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016.

cuenta de manera adecuada en todas las medidas adoptadas por las instituciones públicas que puedan concernir o afectar a los niños.

En la sentencia de fecha 24 de noviembre del 2009 en el caso “Las Masacres de las Dos Erres Vs. Guatemala”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puntualizó en el fundamento 184º lo siguiente: “(...) *La prevalencia del Interés Superior del Niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad*”⁶⁶, lo cual es interpretado como la necesidad de que los derechos de los niños sean respetados dado su especial condición de vulnerabilidad, ello en virtud a que al no contar con autonomía tienen una posición de desventaja para poder prevalecer sus derechos y libertades.

En la sentencia de fecha 9 de marzo de 2018 del caso “Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas”, la CIDH en el fundamento 152º precisó: “*En toda situación que involucre a niñas y niños se deben aplicar y respetar, de forma transversal, cuatro principios rectores, a saber: i) la no discriminación; ii) el Interés Superior del Niño; iii) el derecho a ser oído y participar, y iv) el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo. Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta el Interés Superior del Niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. La Corte reitera que el Interés Superior del Niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades*”. Respecto a ello, se debe tener en cuenta que la Corte ha señalado que el Interés Superior del Niño se funda básicamente en 3 elementos: a) la dignidad propia del ser humano; b) las características propias de los niños y niñas, entiéndase ello su condición de

⁶⁶ STC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de noviembre del 2009 [ubicado el 26.IX.2017]. Obtenido en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf.

vulnerabilidad o de desventaja respecto de los llamados a velar por su protección y además c) la necesidad del desarrollo de los niños y niñas para aprovechar sus potencialidades entendido como el derecho de todo niño y niña a un desarrollo físico, mental, espiritual y moral.

Por otro lado, en la sentencia de fecha 24 de febrero del 2012, caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas en el fundamento jurídico 108, la CIDH resaltó: *“El objetivo general de proteger el principio del Interés Superior del Niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. [...] En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del Interés Superior del Niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”;* con ello se rememora una vez más que los Estados tienen la responsabilidad de asegurar real y efectivamente la atención y cuidados necesarios que procuren el bienestar de los niños y adolescentes.

En ese orden de ideas, el Interés Superior del Niño y del adolescente debe ser *“concebido como una exigencia para que las autoridades no solo se queden en dictar normas o políticas gubernamentales en abstracto, sino que deban velar porque la estricta observancia de ellas redunde en los niños y adolescentes, responsabilidad también aplicable a la comunidad”* ⁶⁷.

2.2.4. El interés superior en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos surge en el año 1959 con el propósito de luchar por la defensa de los derechos humanos, conociendo las demandas individuales o estatales fundamentadas en violaciones de derechos humanos, civiles o políticos enunciados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Competencia del Tribunal es tanto contenciosa como consultiva y se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidas por los Estados Parte o los individuos, grupos de personas u organizaciones no gubernamentales⁶⁸.

⁶⁷ MONTROYA CHÁVEZ, Víctorhugo. *Derechos fundamentales de los niños y adolescentes en la Constitución*, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, 2007, Lima, p. 60

⁶⁸ HERNÁNDEZ GOMEZ, Isabel. *Sistemas Internacionales del Derecho de Europa*, Madrid, Dykinson. S.L, 2002, pp. 230-23.

Con respecto al principio del Interés Superior del Niño, este no aparece reconocido de manera expresa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos; sin embargo, contiene referencias, aunque pocas, específicas a los niños. Las principales son las siguientes: el artículo 6, inciso 1⁶⁹, en el que se establece que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un Tribunal y que la sentencia debe ser pronunciada públicamente pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido, entre otras razones, cuando el interés del niño así lo exija; el artículo 2 del Protocolo nº 1 establece el derecho a la educación y obliga a los Estados a respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres en la educación de sus hijos. También debe considerarse que las disposiciones generales del CEDH son aplicables con carácter general a todas las personas, incluidos los niños, como, por ejemplo: el artículo 3⁷⁰ que habla sobre la prohibición de la tortura; el artículo 4⁷¹ que regula la prohibición la esclavitud y trabajo forzado; el artículo 8⁷² que

⁶⁹ El artículo 6, inciso 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos señala: “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan 10 11 o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia*”.

⁷⁰ El artículo 3º del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que: “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”.

⁷¹ El artículo 4º del Convenio Europeo de Derechos Humanos regula que: “*Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. No se considera como „trabajo forzado u obligatorio“ en el sentido del presente artículo: a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional ; b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio; c) todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales*”.

⁷² El artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos puntualiza que: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*”.

regula el derecho al respeto a la vida privada y familiar, entre otras disposiciones que han resultado especialmente relevantes para los niños⁷³.

Otro instrumento de relevancia en materia de derechos humanos del Consejo de Europa es la Carta Social Europea, en la cual existen numerosas disposiciones orientadas a la protección de los derechos del niño. La Carta contiene dos mandatos: el artículo 7^o⁷⁴ que regula la obligación de los Estados de proteger a los niños contra la explotación económica y el artículo 17^o⁷⁵ que señala que los Estados deben acoger todas las medidas apropiadas y necesarias para garantizar que los niños reciban educación, alimentos, asistencia, vestimenta, atenciones, entre otros, para lo cual deben garantizar que se creen las instituciones para tal fin.

En cuanto a los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el principio del Interés Superior del Niño, el TEDH se ha referido, en distintos pronunciamientos, sobre los derechos del niño y específicamente ha hecho referencia a este principio en algunas jurisprudencias en materia de familia.

⁷³ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. *Manual de legislación europea sobre los derechos del niño*, Bélgica, Consejo de Europa, 2015, p. 24.

⁷⁴ El artículo 7^o de la Carta Social Europea establece que: “*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección de los niños y adolescentes, las partes contratantes se comprometen: 1. A fijar en quince años la edad mínima de admisión al trabajo, sin perjuicio de excepciones para los niños empleados en determinados trabajos ligeros que no pongan en peligro su salud, moralidad o educación. 2. A fijar una edad mínima más elevada para la admisión al trabajo en ciertas ocupaciones consideradas peligrosas e insalubres. 3. A prohibir que los niños en edad escolar obligatoria sean empleados en trabajos que les priven del pleno beneficio de su educación. 4. A limitar la jornada laboral de los trabajadores menores de dieciséis años para adecuarla a las exigencias de su desarrollo y, en particular, a las necesidades de su formación profesional. 5. A reconocer el derecho de los menores y los aprendices a un salario equitativo o, en su caso, otra retribución adecuada. 6. A disponer que las horas que los menores dediquen a su formación profesional durante la jornada normal de trabajo con el consentimiento del empleador se considere que forman parte de dicha jornada. 7. A fijar una duración mínima de tres semanas para las vacaciones pagadas de los trabajadores menores de dieciocho años. 8. A prohibir el trabajo nocturno a los trabajadores menores de dieciocho años, excepto en ciertos empleos determinados por las leyes o reglamentos nacionales. 9. A disponer que los trabajadores menores de dieciocho años ocupados en ciertos empleos determinados por las leyes o reglamentos nacionales sean sometidos a un control médico regular. 10. A proporcionar una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos los niños y los adolescentes, especialmente contra aquellos que, directa o indirectamente, deriven de su trabajo*”

⁷⁵ El artículo 17^o de la Carta Social Europea señala que: “*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las madres y los niños a una protección social y económica, las partes contratantes adoptarán cuantas medidas fueren necesarias y adecuadas a ese fin, incluyendo la creación o mantenimiento de instituciones o servicios apropiados*”.

En el caso X C. Letonia, cuyos hechos son los siguientes: un menor nació en Australia, su madre era de Letonia y su padre de Australia. En julio del 2008, la madre sustrajo al menor de Australia sin el permiso de su padre, y en virtud a ello, éste interpuso una solicitud de restitución de menor. Un tribunal australiano otorgó responsabilidad parental al padre en un procedimiento posterior a la sustracción, sin aparentemente otorgarle garantía de audiencia y defensa a la madre. Por su parte, un tribunal de Riga ordenó el retorno del menor, pero la madre apeló; sin embargo, el tribunal de alzada desestimó la apelación como infundada. El padre logró llevar al menor a Australia, sin autorización de su madre. Los jueces del TEDH, más allá del análisis que realizaron sobre una interpretación armónica del CEDH y del CH1980 y otras cuestiones; invocaron al Interés Superior del Niño, puntualizando que existe un consenso internacional en que este principio sea considerado como primordial. Asimismo, en el caso en concreto señalaron que resultaba correcto que los jueces a cargo del caso de sustracción del menor hayan realizado una evaluación de manera justa, teniendo en cuenta los intereses de los sujetos procesales implicados, vale decir el padre y la madre, pero principalmente hayan centrado su análisis en establecer que conviene o cuál sería la mejor decisión para el menor involucrado en estos temas y procesos judiciales⁷⁶. El TEDH también entiende que el ISN debe ser una consideración primordial⁷⁷, en virtud del cual ha de valorarse y se le debe atribuir especial importancia al momento de la decisión o medida que se tome. Por lo anterior, en vista de la vulnerabilidad del menor, las entidades, autoridades e instituciones deben cerciorarse que en todos los asuntos relacionados con los niños se debe evaluar y establecer el Interés Superior del Niño en relación de las circunstancias que atañen a cada caso en particular.

⁷⁶ CELIS AGUILAR, María Mayela. "El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia", *Revista Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 13, 2020 [ubicado el 05.I. 2020]. Obtenido en: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429563865008/index.html>.

⁷⁷ En la Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho al niño a que su interés superior sea una consideración primordial, se ha establecido que la expresión "consideración primordial" significa que "...el Interés Superior del Niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar".

Para citar otra jurisprudencia, se tiene el caso Mandet contra Francia, cuyos hechos se resumen a lo siguiente: el padre biológico de un niño solicitó se anule el reconocimiento legal hecho por la pareja de la madre del menor, a lo que la madre y su marido consideraron que la solicitud era desproporcionada, tomando en cuenta el interés del menor y la relación entre padre e hijo establecida durante varios años, por lo que solicitaron se desestime tal solicitud y la relación formada legalmente sea mantenida. Por su parte el TEDH consideró que las decisiones de los tribunales franceses de declarar como padre legal al padre biológico habían tenido como fundamento la protección al interés superior del menor, el cual residía en conocer su identidad biológica sin que ello signifique que el menor continúe viviendo como parte de la familia Mandet.

Así, se puede concluir que el TEDH también considera que el ISN debe ser considerado de manera primordial en cada caso en que se involucre a un niño, teniendo en cuenta determinadas circunstancias concretas, con el fin de velar por el disfrute pleno de sus derechos y garantías reguladas en los distintos instrumentos internacionales.

2.3. El sistema de protección de los derechos del niño y su regulación en el Derecho Interno Peruano

En esta sección se ahondará el marco normativo que regula el Interés Superior del Niño así como las interpretaciones que se han dado a este principio por parte de nuestra jurisprudencia nacional y nuestro máximo intérprete de la Constitución Política.

2.3.1. El tratamiento normativo y jurisprudencial del Interés Superior del Niño en el Perú

Al igual que en los ordenamientos internacionales, en el Perú el Interés Superior del Niño se encuentra regulado en nuestra normativa nacional. Para ello, debemos remitirnos a la ley fundamental de nuestro Estado, que prescribe en su artículo 4° lo siguiente: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen*

a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad". De este artículo se puede desprender que el propio legislador ha establecido que, por su misma condición de vulnerabilidad, el niño merece una "protección especial".

A parte de la condición de vulnerabilidad del menor⁷⁸, la protección especial a que se refiere la Constitución, tiene como fundamento último que el niño y adolescente puedan disfrutar libremente de los derechos que tienen y que han sido reconocidos en los diferentes instrumentos nacionales e internacionales; y frente a esos derechos, nacen el correlato de deberes de brindar una protección necesaria, obligación no solo en manos del Estado y las autoridades, sino de toda la sociedad. Asimismo, este artículo consagra como política del Estado, la protección del niño y del adolescente, también a la familia y el matrimonio como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad.

Por su parte el artículo 6º⁷⁹ hace referencia a la obligación que tiene el Estado de reconocer el derecho de las familias, y a su vez, el derecho de los padres de asegurar el derecho a la educación, seguridad y alimentos a sus hijos; así como reconoce que todos los hijos tienen iguales derechos u deberes.

Es también en el Código de Niños y Adolescentes, en el Título Preliminar, artículo VIII que se establece que: *"En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerio*

⁷⁸ Sobre la condición de vulnerabilidad del menor, en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho al niño a que su interés superior sea una consideración primordial, se ha establecido que: *"El interés superior de un niño en una situación concreta de vulnerabilidad no será el mismo que el de todos los niños en la misma situación de vulnerabilidad. Las autoridades y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única. Debe realizarse una evaluación individualizada del historial de cada niño desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario y los ajustes razonables que se recomienden durante todo el proceso de desarrollo del niño."*

⁷⁹ El artículo 6º de la Constitución Política del Perú establece que: *"La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad."*

Público, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Interés Superior del Niño y adolescente y el respeto a sus derechos". En ese sentido, se resalta que la protección y el respeto de los derechos del niño constituyen un valor fundamental, en tanto, se reconoce al menor como sujeto de derechos y se garantiza a éste la protección, el cuidado y el respeto de sus derechos que le son propios.

Es por esta garantía procesal que en adición corresponde al Estado, a los jueces y a la comunidad a sustentar sus fallos o que las decisiones que emitan se tengan de manera primordial el interés superior del menor, con independencia de los intereses que confluyen en un proceso judicial, como podría ser el de los padres, ello está establecido en la Ley N° 30466, "Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño", publicada el viernes 17 de junio del 2016.

En el artículo 1° de la acotada Ley se señala que: "*La presente Ley tiene por objeto establecer parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño en los procesos y procedimientos en los que estén inmersos los derechos de los niños y adolescentes; en el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y su Observación General 14 y en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes*". Asimismo, se establece una serie de parámetros de aplicación del Interés Superior del Niño (artículo 3°); garantías procesales (artículo 4°) y lo más importante se establece que: "*...los organismos públicos en todo nivel están obligados a fundamentar sus decisiones o resoluciones, administrativas o judiciales, con las que se afectan directa o indirectamente a los niños y a los adolescentes*" (artículo 5°). Es decir, que ante posibles conflictos en el que el Interés Superior del Niño y adolescente se vea afectado, los jueces u otra entidad administrativa deberá hacer una evaluación correcta sobre la aplicación del Interés Superior del Niño, motivando debidamente sus resoluciones o decisiones.

Ahora, con respecto al tratamiento jurisprudencial del principio del Interés Superior del Niño debemos tener presente que este es invocado y aplicado en su mayoría por los jueces de familia al momento de evaluar un caso o proceso, en el cual se

encuentra involucrado un niño o adolescente; sin embargo, no existe una interpretación uniforme, pues los jueces utilizan este principio sin mayor justificación y con su sola invocación⁸⁰. Es por eso que es importante que los jueces, aparte de la valoración al caudal probatorio aportado al proceso, analicen este principio guía y rector para casos especialmente donde exista un conflicto con otros intereses, especialmente el de los padres.

Es también importante recalcar que la Corte Suprema de Justicia del Perú en el III Pleno Casatorio Civil recaído en la Casación N° 4664-2010 PUNO, ha establecido como precedente judicial vinculante la siguiente regla: “...*en los procesos de familia el juez tiene facultades tuitivas, por lo que debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones en atención a los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada*”⁸¹. En ese sentido en los procesos de familia tales como de violencia familiar, alimentos, patria potestad, divorcio, filiación, entre otros, el juez debe dejar de lado una interpretación literal de la norma, es decir, deberá aplicar una interpretación que vaya más allá de una estricta aplicación de la Ley y que más bien se analice el problema mismo con mayor atención y consideración a las consecuencias del conflicto, ofreciendo mayor protección a la parte más perjudicada.

En palabras de SOKOLICH ALVA, Maria Isabel: “*cuando la Corte Suprema alude que en los procesos de familia los principios y normas procesales deben ser flexibilizados, básicamente se refiere a que debe entenderse que dichos procesos, por su especial naturaleza, no pueden estar sujetos a normas estrictas o trabas que impidan administrar justicia desde la perspectiva de la solución a un problema humano, más aún el rol tuitivo que corresponde al propio juzgador*”.

⁸⁰ Cfr. SOKOLICH ALVA, Maria Isabel. “La aplicación del principio del Interés Superior del Niño por el Sistema Judicial Peruano”, *Vox Juris*, USMP Facultad de Derecho, Portal de Portales Latindex, Lima, 2013, pp.1-10.

⁸¹ ABANTO TORRES, Jaime David. “Apuntes sobre el Tercer Pleno Casatorio Civil”, en *Actualidad Jurídica* N° 211, Gaceta Jurídica, junio 2011, Lima, pp. 77-81.

Agrega además que “ *...flexibilizar (...) supone evitar el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal, de tal forma que principios procesales (...) cedan ante la imperiosa necesidad de dar una solución integral al conflicto, todo lo cual nos lleva a concluir que el único límite para la aplicación del Principio Superior del Niño en instancia judicial es que la decisión, además de encontrarse debidamente fundamentada fáctica y jurídicamente, constituya lo más beneficioso para el niño involucrado en la problemática*”. El precedente vinculante que además tiene fuerza vinculante para todos los jueces, ha dejado establecido que esta flexibilidad de los principios tiene como fin la “*...efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente, cuando se refiera a niños y adolescentes...*”

Es importante entonces, recalcar una vez más que son los operadores de justicia los encargados de garantizar el respeto del principio del Interés Superior del Niño a la hora de tomar una decisión o emitir una resolución, de tal forma que los niños y adolescentes no vean afectados, vulnerados o menoscabados sus derechos protegidos constitucionalmente.

2.3.1.1 El Interés Superior del Niño en la interpretación del Tribunal Constitucional

En la determinación y estimación del principio del Interés Superior del Niño, el Tribunal Constitucional juega un rol importante en su calidad de máximo intérprete de la Constitución, es así que ha explicado en varias sentencias la importancia y el contenido de tal principio.

Sobre este principio, el tribunal Constitucional, en el Exp N° 01817- 2009-PHC Lima ha destacado que: “*(...)el Interés Superior del Niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño (..) De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social (...)* Por dicha razón, este principio también

*impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad*⁸². Conforme se ha venido desarrollando, el Interés Superior del Niño, niña o adolescente tiene como finalidad garantizar el bienestar de todo niño o adolescente, para lo cual se hace necesario analizar cada situación en concreto para luego analizar cada uno de los elementos que puedan incurrir en fijar qué es lo que más conviene al niño o adolescente, y así poder garantizar el goce y disfrute de cada uno de sus derechos. En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional en diversas jurisprudencias cuando han advertido un conflicto de intereses, al valorar cada situación en particular siempre han optado por ponderar el "Interés Superior del Niño" de todas las demás alternativas posibles que puedan coexistir en un proceso, a fin de determinar la mejor opción para el interés del menor.

El Interés Superior del Niño ha actuado como un interés autónomo como el único relevante en este contexto social y normativo, de forma que debe sobreponerse a cualquier otro⁸³. Es un parámetro o criterio en la valoración de un derecho, relación jurídica o situación en concreto.

Para el Tribunal Constitucional, existen algunos criterios⁸⁴ para determinar el ISN como:

- a) El "Interés Superior del Niño" demandará proveer en primer lugar a sus problemas inmediatos y más graves (salud, educación, libertad personal.).
- b) En la concreción de ese interés y con la pretensión de garantizarle sus derechos fundamentales, habrá de conjugarse, por principio e inicialmente, las necesidades presentes con las futuras que quepa razonablemente prever.

⁸² Véase Fundamento 11

⁸³ PLÁCIDO, Alex. *Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, 1ª edición, Lima, Pacífico Editores S.A.C., 2015, p. 189

⁸⁴ PLÁCIDO, Alex. *Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, *Op. cit.*, p. 190

c) Es preciso incentivar la autonomía personal y funcional en la definición de su interés, por ello la alternativa que se elija debe ser aquella que haga efectivo el ejercicio de sus derechos fundamentales.

De allí que se concluya que este principio es el conjunto de condiciones que buscan el bienestar del menor, y que implica que en las decisiones que les conciernen siempre deberá optarse por la mejor opción que proteja y preserve sus derechos fundamentales. En todo derecho, coexiste una obligación que recae precisamente en el deber de las instancias y organizaciones públicas o privadas a evaluar esta garantía procesal al momento de emitir una Ley, disposición, resolución judicial o incluso, una decisión administrativa⁸⁵. Por tanto, de acuerdo con este principio, la actuación del Estado, la sociedad, la acción de la sociedad y primordialmente la familiar, en materia de protección y promoción de los niños y adolescentes, debe estar orientada al logro de su plenitud física, psíquica, desarrollo emocional, bienestar social, entre otros.

2.4. El Interés Superior del Niño y los derechos que incluyen

En esta sección se desarrollará los distintos derechos que involucra el principio del Interés Superior del Niño: vivir con su familia biológica, el derecho a la identidad y el derecho a la opinión del niño.

2.4.1. El derecho del niño a vivir con su familia biológica

Desde siempre *“la familia, en sus distintas composiciones y estructuras, se ha considerado el agente fundamental de cuidado y socialización de los hijos y el ambiente natural y óptimo para su protección y desarrollo. Así, la familia cumple muchas y diversas funciones relacionadas con el desarrollo infantil: la satisfacción de necesidades básicas, la protección del niño, su socialización y educación, su integración social y el apoyo en la construcción de sentimientos de pertenencia e identidad personal”*⁸⁶. La familia, órgano básico y fundamental de la sociedad cumple diversos roles y funciones, en tanto, actúa como el primer grupo de personas con las que nace una persona. La familia está encargada de cuidar a sus

⁸⁵ ZERMATTEN, Jean. Interés Superior del Niño, del análisis literal al alcance filosófico, 2003 [ubicado el 15.IX 2017]. Obtenido en: http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf

⁸⁶ GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca y PEDRO-VIEJO BERÁSTEGUI, Ana. “El derecho del niño a vivir en familia” en *Miscelánea Comillas*, Vol. 67, núm. 130, 2009, pp. 175-198.

miembros y de enseñarle lo necesario para que puedan desarrollarse de manera adecuada.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño consagra el derecho de los niños y niñas a vivir con su familia y a ser cuidados por esta, así como el deber del Estado de garantizar los apoyos necesarios para que las familias cumplan su rol. Así en el artículo 9°, inciso 1° de la Convención se establece que: *“Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el Interés Superior del Niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. Este instrumento internacional reconoce el derecho de los niños a vivir en familia, y ésta debe ser preferentemente su familia biológica.*

En Uruguay, en su Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 12° se ha establecido que: *“Todo niño y adolescente tiene derecho a vivir y crecer junto a su familia y a no ser separado de ella por razones económicas. Solo puede ser separado de su familia cuando en su interés superior y en el curso del debido proceso las autoridades determinen otra relación personal sustitutiva. En los casos en que sobrevengan circunstancias especiales que determinen la separación del núcleo familiar, se respetará su derecho a mantener vínculos afectivos y contacto directo con uno o ambos padres, salvo si es contrario a su interés superior. Si el niño o adolescente carece de familia, tiene derecho a crecer en el seno de otra familia o grupo de crianza, seleccionada de acuerdo a su bienestar. Solo en defecto de esta alternativa, se considerará el ingreso a un establecimiento, público o privado”.* Podemos ver que, en el Código Uruguayo, de manera prioritaria la familia con la que los niños tienen derecho a vivir es la biológica; sin embargo, podrá ser separado de su familia cuando esto sea mejor para su bienestar (Interés Superior del Niño).

Caso similar sucede en España, en su Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996 menciona, entre sus principios rectores *“El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional”*⁸⁷. Al igual que en el Código Uruguayo se menciona expresamente que prioritariamente el niño deberá crecer con su familia de origen; no obstante, si esto afecta o vulnera su interés, puede tomarse otras disposiciones para garantizar la protección de sus derechos.

En nuestro sistema jurídico, en el Código de Niños y Adolescentes, en su artículo 8° se establece que: *“El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral”*. Aquí se establece que los niños y adolescentes tienen el derecho a crecer en su familia natural sin embargo al no tenerla podrán desarrollarse en un ambiente distinto siempre que sea adecuado, de esto se puede inferir que el niño podrá desarrollarse y crecer en un ambiente familiar socioafectivo.

En el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, del 29 de Mayo de 1993, en su Preámbulo, se establece lo siguiente: *“(…) Que, para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión, recordando que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen ”*⁸⁸. Es preciso resaltar que, para este convenio, los Estados deberían, de manera primordial, tomar las medidas correctas que permitan que los niños y niñas subsistan bajo el cuidado de su familia biológica o consanguínea; sin embargo, no debemos entender esta

⁸⁷ Véase artículo 11°, inciso 2.

⁸⁸Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, del 29 de mayo de 1993.

disposición de manera absoluta, pues lo que es más indispensable y necesario es que el niño se desarrolle en un buen clima familiar.

Por su parte, comparando la legislación internacional, el artículo 6 de la Declaración de Derechos de la Niñez se refiere a la necesidad de que los niños y adolescentes crezcan “*al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material*”. Es importante destacar que el principio del Interés Superior del Niño busca el desarrollo de los niños en todos los aspectos y el respeto a sus derechos fundamentales. Pues si los requerimientos y necesidades del niño no se ven respaldados en su seno familiar biológico, es preciso que el niño busque desarrollarse en un lugar distinto. Es decir, no siempre debe ser un criterio de los jueces que los niños vivan con su familia biológica, pues en ciertos casos en donde no exista una armonización de los derechos del niño con su familia, será necesario que el niño sea acogido por una familia donde su interés superior sea respetado.

2.4.2. El mejor interés del niño en relación con su derecho a la identidad personal

El derecho a la identidad es un derecho que tiene todo ser humano, considerado como fundamental para el desarrollo de las personas y de la sociedad; éste derecho comprende diversos ámbitos que hace que una persona se distinga de otra e incluye el derecho a tener un nombre y la posibilidad de identificación a través de un documento de identidad⁸⁹. Toda persona sin excepción tiene derecho a una identidad lo que incluye el derecho a un nombre, a que se reconozca como uno mismo y no otro y también existe la obligación del Estado de garantizar este derecho, haciéndolo efectivo mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga.

Fernández Sessarego sobre este derecho, lo define como “*el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’*”. Este

⁸⁹ MINISTERIO DE LA MUJER Y DESARROLLO SOCIAL. *Cruzada Nacional por el Derecho al Nombre y a la Identidad “Mi nombre”* [ubicado el 15.IX 2017]. Obtenido en: https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/mi_nombre/

*plexo de características de la personalidad de 'cada cual' se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a cierta persona, en su 'mismidad', en lo que ella es en cuanto específico ser humano"*⁹⁰

El derecho a la identidad como un derecho fundamental del ser humano ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales ratificados por el Perú. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 18º ha regulado que: *"Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario"*. Todas las personas desde su nacimiento tienen derecho a llevar un nombre y apellido con la finalidad de ser identificados. El tener un nombre no solo implica un aspecto de formalidad del registro, sino que tiene un componente social porque desde el nacimiento las personas se relacionan y desarrollan en base a sus características propias; precisamente es lo que las diferencian de las demás personas.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de los Niños y Adolescentes, establece en su artículo 7º, inciso 1 que: *"el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"* y en su artículo 8º, inciso 1 señala que: *"Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas"*; esto es, se hace referencia al derecho a la identidad de todo niño, niña y adolescente, regulando que tienen derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, también se establece la obligación de los Estados de preservar la identidad del niño, lo que incluye su nombre, nacionalidad y relaciones familiares.

Nuestro Tribunal Constitucional, respecto a este derecho ha señalado que *"entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución, entendido*

⁹⁰ Fernández Sessarego, Carlos (2015). *Derecho a la identidad personal*. Lima: Instituto Pacífico.

como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)⁹¹; es preciso acotar que el derecho a la identidad lo adquirimos desde nuestro nacimiento y lo vamos desarrollando durante el proceso de nuestra vida a través de la historia familiar, las interacciones sociales y el círculo que nos rodea o en el que nos desenvolvemos, haciéndonos únicos y diferenciándonos de las demás personas.

El derecho a la identidad personal es también definido como “una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos de derecho (identidad estática), en la que se encuentran datos como el nombre, el domicilio, las generales de ley, entre otros, así como su proyección social (identidad dinámica), vale decir, el conglomerado ideológico de una persona, sus experiencias, sus vivencias, tanto su ser como su quehacer”⁹². El derecho a la identidad comprende dos vertientes o aspectos, uno estática y otro dinámico, el primero está restringida a una identificación biológica o genética de una persona lo que comprende su nombre, su lugar de nacimiento, nacionalidad, entre otros factores, esto es “el resultado de una información genética que permite identificar biológicamente a cada ser humano sin el riesgo de confundirlo con otro”⁹³, mientras que el aspecto dinámico es definido por nuestra jurisprudencia como “más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente que se

⁹¹ Exp. N° 05829-20099-PA/TC- Lima, fj. 2

⁹² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*, Lima, Editorial Rodhas, 2006, p. 279.

⁹³ SARAVIA QUISPE, Jose Yvan. “La consolidación del Estado de familia, la identidad estática y dinámica del niño y su integración a su familia biológica como derechos del hijo en el proceso de impugnación de paternidad” en *Revista del Instituto de la familia*, Unife, Persona y Familia N° 07-2018, pp. 189-208

conocen quienes son los padres que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; así, el conjunto de éstos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás; en consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano” ⁹⁴. Conforme se aprecia, a criterio de nuestra Corte Suprema, el derecho a la identidad en su cariz dinámico es mucho más ‘importante’ al considerar que la identidad no solo constituye información estática del sujeto, sino que hay factores distintos a los biológicos que también se debe tener en cuenta como por ejemplo sus relaciones sociales construidas con su entorno, su personalidad, sus vivencias y sus relaciones familiares.

Por tanto, el concepto de identidad incluye no solo datos biológicos estáticos, sino también datos que determinan el carácter dinámico del sujeto. El aspecto estático se dará por asociación con la teoría biológica, y el dinámico con el concepto de socioemocional. Por ello, dada la importancia y rango constitucional de este derecho, siempre se debe buscar la protección jurídica, no solo teniendo en cuenta su aspecto estático sino principalmente dinámico.

Precisamente, en los procesos de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad, teniendo en consideración lo señalado por nuestra Corte Suprema en la Cas N° 950-2016 AREQUIPA, estas materias se encuentran directamente vinculadas con el derecho a la identidad y el Interés Superior del Niño. Por tanto, en dichos procesos, el Juez debe valorar el desarrollo armónico e integral que ha construido el menor con su padre legal – aunque no sea su padre biológico, ponderando previa evaluación al caso en concreto su identidad dinámica lo que implica evaluar si el menor ha establecido vínculos de identificación con su padre legal, ello en base además del principio del Interés Superior del Niño.

2.4.2. El derecho de opinión del niño

El derecho del niño a brindar su opinión, a ser escuchado y tomado en cuenta constituye uno de los valores fundamentales conforme a lo establecido en el artículo 12° de la Convención de los Derechos de Niño que señala que: “1. *Los Estados*

⁹⁴ Casación N°950-2016 Arequipa de fecha 29 de noviembre del 2016, f.j. segundo.

Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño; 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional". Es importante destacar que el niño como sujeto de derechos, es también el protagonista de su vida, por lo que se debe garantizar su derecho a manifestar su opinión en aquellos asuntos que le afecten teniendo en cuenta dos factores: su edad y madurez.

En la Observación General número 12 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas en cuanto a la "edad y madurez" a la que ha hecho referencia la Convención de los Derechos de Niño al regular este derecho, se ha precisado en cuanto a la edad, que esto va referido a la capacidad del niño de formarse un propio juicio, puntualizando que es de acuerdo a la edad biológica de cada niño en la que se determina su nivel de comprensión, existiendo diversos estudios que afirman que hay factores como el entorno, el nivel cultural y social que coadyuvan a que el niño forme una opinión, llegándose a la conclusión que las opiniones expresadas por los niños deben ser tomadas en cuenta caso por caso teniendo en cuenta su edad biológica y la capacidad adquirida de formarse un propio juicio⁹⁵. Ahora, en cuanto a la madurez, se señala que esto comprende la capacidad del niño de evaluar y comprender las consecuencias de un tema determinado, afirmándose que cuanto mayor en edad sea el niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez del niño.

En la Observación General número 12 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas también se precisa que: "*El ejercicio del derecho del niño o los niños a ser escuchados es un elemento fundamental. El concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo,*

⁹⁵ Se debe acotar que la edad cronológica ha de atenderse a la edad mental o desarrollo psíquico, el cual no guarda necesariamente equivalencia con la primera. BONILLA DE ARROCHA, Marisol. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados [ubicado el 05.I.2021.]. Obtenido en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27264.pdf>

sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños". Se debe garantizar el derecho a los niños a expresar libremente su opinión en todos los actos que los involucren. Específicamente, en los procesos judiciales, escuchar a un niño a menudo se ve como una tarea compleja que requiere un órgano técnico competente para asesorar, establecer una relación amistosa y hacer que los niños puedan expresarse, es decir, proporcionar un entorno que permita a los niños ejercer su derecho a emitir su opinión.

La norma materia de análisis también ha señalado que el niño puede expresar libremente su opinión de manera directa o a través de un representante u órgano especializado; no obstante, la técnica utilizada será determinada o establecida por la autoridad competente, de ser el caso. El representante puede ser uno de los padres o ambos, un abogado o un trabajador social, el cual tiene la obligación de transmitir de manera responsable y correcta las opiniones del niño. Además, deberá considerar que solo actúa en representación de los intereses de los niños y no de algún otro sujeto.

Frente a este derecho también se impone una obligación en los Estados de reconocer este derecho y garantizar su cumplimiento escuchando y tomando en cuenta las opiniones del niño. La obligación de los Estados partes se ve materializado en garantizar este derecho en las instancias judiciales o administrativas o, de ser el caso de adoptar las condiciones o mecanismos necesarios para que el menor pueda ver garantizado este derecho de manera plena.

De otro lado, es preciso puntualizar que al regular la Convención de los Derechos del Niño, el derecho del niño a ser escuchado, conlleva necesariamente la obligación del Estado y demás organismos a introducir los mecanismos necesarios y/o procedimientos oportunos y eficaces para que la opinión del niño sea

considerada⁹⁶. Con esa finalidad, la Observación General número 12 del Comité de Derechos del Niño, en su párrafo 49 ha señalado las estrategias que deben adoptar los Estados Partes, siendo las siguientes:

1. Revisar y retirar las declaraciones restrictivas y las reservas respecto del artículo 12.
2. Crear organizaciones independientes de derechos humanos, como defensores de los derechos del niño o con mandatos amplios en el ámbito de protección de los derechos del niño.
3. Brindar capacitación sobre el artículo 12 y su aplicación en la práctica para todos los profesionales que trabajen con niños y para los niños, como abogados, jueces, policías, trabajadores sociales, trabajadores comunitarios, psicólogos, cuidadores, oficiales de internados y prisiones, profesores de todos los niveles del sistema educativo, médicos, enfermeros y otros profesionales de la salud, funcionarios y empleados públicos, funcionarios encargados de cuestiones de asilo y dirigentes tradicionales.
4. Garantizar que haya las condiciones adecuadas para apoyar y estimular a los niños para que expresen sus opiniones, y asegurarse de que estas opiniones se tengan debidamente en cuenta mediante normas y dispositivos que estén firmemente cimentados en las leyes y los códigos institucionales y sean evaluados periódicamente respecto de su eficacia.
5. Combatir las actitudes negativas, que obstaculizan la plena realización del derecho del niño a ser escuchado, mediante campañas públicas que abarquen a los líderes de opinión y los medios de difusión, a fin de cambiar concepciones tradicionales muy extendidas en relación con el niño.

⁹⁶ FLORES SAIRA, Gabriela del Rocio y LAURA RODRÍGUEZ. *Necesidad de escuchar la opinión del niño en los procesos de negación de paternidad e impugnación del reconocimiento, como una forma de protección del derecho a su identidad personal*. Tesis para obtener el título de abogado, Arequipa, Universidad Nacional de San Agustín, 2017.

Aunado a ello, también ha señalado las obligaciones precisas y concretas de los procedimientos judiciales y administrativos, recalcando una vez que toda legislación debe contener el derecho del niño a expresar su opinión en los procesos judiciales que los involucren. En cuanto a las medidas, la Observación número 12 ha señalado las siguientes: 1) Preparación, lo que implica que los encargados de escuchar al niño deben asegurarse que el menor se encuentre informado sobre su derecho a ser escuchado y emitir su opinión en los procesos que pudieran afectarles, el cual debe ser sin interferencia o manipulación; 2) Audiencia, lo que significa que el ambiente en que el niño exprese su opinión debe ser acogedor e inspirar confianza para que el niño pueda encontrarse seguro y manifestar sus deseos sin temores y restricciones; 3) Evaluación de la capacidad del niño lo que involucra el análisis de que el niño este apto de formar un juicio propio e independiente, teniendo en cuenta su edad y madurez; 4) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño, se precisa que al niño también deben informarle el resultado el proceso para que de esta manera se vea respetada esta garantía y no ser tomada como una formalidad de manera exclusiva y 5) El derecho al niño a una participación judicial activa (interponer una denuncia, apelaciones, entre otros) cuando se atente o menoscaben sus derechos.

En ese sentido, junto al derecho a ser escuchado que tiene todo menor, surge el principio de intervención o colaboración, en la que el niño debe ser *“visualizado como un sujeto activo que se involucra en la toma de decisiones del asunto que lo afecte”*⁹⁷.

En el contexto normativo nacional, el Código de los Niños y Adolescentes señala en su artículo 9º que *“El niño y el adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez”*. En el mismo sentido, en la Ley N° 30466, *“Ley que establece parámetros*

⁹⁷ BARLETTA VILLARÁN, María. *Derecho de la niñez y adolescencia*, Lima, Editorial Fondo PUCP, 2018, p.21.

y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño” ha establecido en su artículo 12º, inciso 1, lo siguiente: “*en todo proceso o procedimiento, en el que se encuentren comprendidos los intereses de las niñas, niños o adolescentes o de terceros que afecten sus derechos, deben establecerse los mecanismos y recursos pertinentes para que ejerzan su derecho a ser escuchados, expresando con libertad sus opiniones, expectativas, intereses o necesidades, en espacios o servicios para su edad y características, evitando entornos intimidatorios, hostiles o insensibles para una eficaz escucha. Se debe garantizar la capacitación del personal para recibir la opinión de la niña, niño o adolescente; así como el diseño, adecuación e implementación de los ambientes de todas las entidades públicas y privadas que atienden a niñas, niños y adolescentes*”. La regulación antes señalada denota que el derecho a ser oído que le asiste a todo niño constituye un derecho fundamental que debe ser respetado y garantizado en todo procedimiento administrativo o judicial ya sea de manera directa o a través de un representante o de un órgano especializado apropiado. Este derecho funciona como un medio para conocer las necesidades del menor y brindarle una protección integral que responda a ellas⁹⁸.

El 30 de diciembre del 2016 se publicó en el diario oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N° 1297 “*Protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos*”, en la que se establece en el artículo 5º, inciso f que: “*La actuación estatal debe garantizar el ejercicio de todos los derechos reconocidos en la legislación nacional a las niñas, niños y adolescentes, especialmente el derecho a: opinar, ser escuchado y que dicha opinión sea tomada en cuenta en todas las decisiones que se tomen, así como en la elaboración del plan de trabajo individual*” y además en el artículo 7º se ha regulado la obligación de tomar en cuenta la opinión del niño o adolescente en todo proceso que le afecte, precisándose que: “*Antes que se proceda a emitir la decisión sobre la situación de riesgo o desprotección familiar, incluso provisional, la autoridad competente debe*

⁹⁸ SEMINARIO HURTADO, Nuccia y BUENDÍA CASAFRANCA, Ruth Antuaneth. “El derecho a la participación judicial de los niños, niñas y adolescentes en el Sistema Judicial Peruano”, Persona y Familia, Vol N° 08, enero-diciembre 2019, pp. 213-232 [ubicado el 23.II.2021]. Obtenido en. unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA_PERSONA_Y_FAMILIA_2019/EI%20derecho%20a%20la%20participación%20judicial.pdf.

escuchar, en su propio lenguaje, la opinión de la niña, niño o adolescente en una diligencia especial, teniendo en consideración su madurez y desarrollo, garantizando su intimidad, seguridad, la ausencia de coacción y el uso de métodos acordes a su edad, dejando constancia de ello en las resoluciones. Previamente, la niña, niño y adolescente debe recibir la información y asesoramiento necesario que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. Se garantiza que la niña, niño y adolescente pueda ejercitar este derecho por sí mismo o ejercerlo a través de su abogado defensor, si así lo deseara”, recalcándose además en su artículo 9º que todas las resoluciones administrativas o judiciales que se emitan específicamente en los procedimientos por riesgo o desprotección familiar deben estar expresamente motivadas, lo que debe incluir una debida motivación de cómo se ha considerado la opinión del menor y su interés superior y cuando los fallos que se emitan no concuerdan con la opinión manifestada por éstos, se debe justificar los motivos que en su interés superior sustentaron tal decisión. Aunado a ello, en cuanto al procedimiento de escuchar la opinión del niño se ha precisado que estará a cargo del equipo interdisciplinario y en caso de emitir una medida de protección a favor del menor en situación de riesgo, éstas deben ser revisadas de manera trimestral y prestando especial atención entre otras circunstancias, a la opinión de los menores. Asimismo, si se presentase una solicitud de constitución en familia acogedora se debe cumplir entre, otros requisitos, con recibir la opinión de las hijas o hijos de la familia, en función a su edad, y grado de madurez, así como de los miembros que residan en la unidad familiar, puntualizándose en correlativo que una de las obligaciones de la familia acogedora será escuchar al niño o adolescente antes de emitir cualquier decisión que le afecten, sin exclusión alguna por discapacidad, y a transmitir a la autoridad competente sus peticiones.

Por su parte, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó a través de la Resolución Administrativa 228-2016-CE-PJ de fecha 31 de agosto del 2016, el “*Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente*”, cuya finalidad es garantizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos en los procesos judiciales que los afectan, estableciendo las medidas adecuadas de carácter procesal y mecanismos que hagan posible su aplicación efectiva. Así se ha

establecido, en líneas generales que el derecho a ser oído del niño es una opción y no una obligación, por lo que su opinión debe ser expresada de forma libre, sin presión o manipulación. También se ha puntualizado que este derecho es aplicable a todos los procesos ya sea administrativos o judiciales que afecten al menor sin restricciones. Entre sus disposiciones, se ha establecido que el derecho del niño a la información es necesario para que pueda ejercer su derecho a ser escuchado, y el juez debe ordenar que el niño o adolescente se encuentre preparado antes de la audiencia y que asigne una persona de confianza para que lo ayude, posiblemente un experto del Equipo Multidisciplinario. En el proceso de información, se debe adoptar un lenguaje claro y sencillo sobre el proceso judicial y debe versar principalmente sobre: el rol que les toca desempeñar; la importancia de su participación, alcance, propósito y posible repercusión; las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones y la opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante. Entre los requisitos previos para la realización del derecho del niño a ser escuchado, debe reiterarse que debe ser un entorno adecuado, accesible y adecuado para los niños; sin embargo, en el caso de los niños víctimas de delitos, se debe garantizar su derecho a la privacidad y la no revictimización. En cuanto al proceso judicial, se ha destacado que el niño debe ser escuchado de manera reservada, evitando audiencias públicas.

En ese sentido, de la normatividad señalada en el párrafo precedente, se evidencia la importancia de garantizar el derecho a ser escuchado de los niños en todos los procedimientos ya sea administrativos o judiciales, teniendo en cuenta la capacidad del menor de formar su propio juicio y sobre todo, se ha puntualizado que su opinión debe ser considerada o, caso contrario, se deben exponer motivadamente los fundamentos por los cuales no se ha seguido la opinión del menor, constituyendo este derecho un deber de ineludible cumplimiento por parte del Estado, quien debe adoptar las medidas, mecanismos, pautas para que se respete y brinde la protección adecuada a este derecho.

En cuanto a la participación del niño en un proceso judicial conforme lo ha señalado nuestra Corte Suprema, en la Casación N° 2365-2017 – Cuzco, fundamento jurídico décimo: *“ese derecho a ser oído, no se satisface únicamente con la sola necesidad de escuchar al niño en asuntos de su entorno personal que pudieran eventualmente*

afectar su derecho sino que este principio encuentra su importancia y su trascendencia en la necesidad que el niño exprese su opinión de manera libre y sin ningún tipo de presión ni influencias indebidas así como en la necesidad que los órganos jurisdiccionales escuchen atentamente las opiniones de los niños en los asuntos de su interés para efectos de formarse una cabal idea sobre el tema en controversia”, resaltando además en los fundamentos siguientes que el derecho a escuchar la opinión de un menor se constituye como un derecho no solo a los efectos de conocer la opinión del menor sobre esta materia, sino también para la formación de un estándar completo ante el tribunal.

Por las consideraciones anteriores, se debe tener presente que el derecho de todos los niños a ser escuchado constituye uno de los valores fundamentales, y cuya opinión debe ser considerada al adoptar decisiones o formular políticas públicas, recayendo la obligación en el Estado de adoptar los mecanismos y ofrecer un entorno que permita al niño formar una opinión libre.

CAPÍTULO 3:

LA REGULACIÓN DE LA PATERNIDAD SOCIOAFECTIVA EN EL DERECHO COMPARADO Y SU INCORPORACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

En la primera parte del presente capítulo se desarrollará el concepto de filiación socioafectiva y se analizará su regulación en el derecho comparado en relación a los derechos fundamentales de los niños y adolescentes. En el segundo punto, se explicará la importancia del derecho a la identidad dinámica en los procesos de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad y por último se planteará la propuesta de regulación de la figura de la paternidad socioafectiva en los procesos de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad.

3.1. Generalidades sobre filiación

Cada persona cuenta con una filiación en tanto ha sido engendrado. A este tipo de filiación se le denomina biológica, en tanto surge del acto propio de la concepción en relación a los ascendientes⁹⁹. Sin embargo, a parte de este tipo de filiación existe la filiación legal en la que el nexo entre padres e hijos no es precisamente biológico sino más bien jurídico o legal, ya sea por la adopción o por un reconocimiento voluntario.

Al respecto, SIVERINO BRAVIO señala *“La filiación es una de las primeras y primarias coordinadas en torno a la cuales se configura la identidad de un sujeto, sus lazos afectivos, espacios de pertenencia, referencias culturales y otra afinidad de aspectos; uno de estos marcos de referencia estará dado también por su genealogía e identidad genética”*¹⁰⁰. En base a ello, podemos establecer que la filiación no solo se origina por la procreación (verdad biológica)¹⁰¹ sino que es

⁹⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*, 4ta edición, Grijley, 2001, p.193

¹⁰⁰ SIVERINO BRAVIO, Paula. “Derecho a la identidad y verdad biológica. Una sintética visión desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 179, agosto 2013, pp. 25-36.

¹⁰¹ Desde la óptica señalada, está en crisis el derecho tradicional centrado en la visión binaria filiación por naturaleza o biológica que fueron tradicionalmente la única forma de filiación protegida por el legislador, sino que actualmente se conocen nuevas formas de relaciones filiatoria como son los casos de filiación por técnicas de reproducción asistida, adopción, o socioafectiva. Lo distintivo es que mientras en la filiación biológica, los lazos consanguíneos son fundamentales para

también importante los lazos socioafectivos que fundamentan las relaciones paterno filiales, de ese modo existirán padres que reconozcan a un hijo como propio a pesar que no exista coincidencia biológica pero si un lazo socioafectivo y una posesión constante de filiación.

En los procesos de filiación, existieron nuevas incorporaciones debido a los avances científicos, pues aparecería la prueba de ADN¹⁰², una prueba de carácter indubitable en la que ya se podría obtener con certeza mayor al 99% una verdad biológica. Sin embargo, la aparición de la prueba de ADN y sus resultados en la determinación de la paternidad trajo consigo muchos debates y que muchos se pregunten si realmente cabe determinar a rajatabla la filiación jurídica de una persona sobre la base de las conclusiones que arroje tal prueba científica, toda vez que entienden que más allá de los vínculos genéticos, lo que realmente importa son los vínculos afectivos que puedan compartir como padre e hijo¹⁰³.

En el 2005 el Congreso de la República promulgó la Ley N° 28457 “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, norma que recoge 5 artículos y 4 disposiciones complementarias. En el artículo 1° se establece: *“quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada (...) Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad (...)”*. En el artículo 2° de la ley antes acotada, se menciona que: *“La oposición suspende el mandato siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN(...) El juez fijará fecha para la audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes(...) En dicha audiencia se llevará a cabo la toma de muestras para la prueba biológica del ADN,*

determinar el vínculo, en las demás filiaciones se tienen en cuenta la voluntad, el libre reconocimiento o los lazos afectivos.

¹⁰² “...La prueba del Ácido Desoxirribonucleico – ADN es la prueba genética más exacta y eficaz disponible para determinar relaciones familiares, puesto que se basa en el Ácido Desoxirribonucleico-ADN-, que no es sino el componente principal del material genético, contenido de cada célula de todo organismo”. CAS. N°2026-2006- Lima de fecha 02 de julio del 2007.

¹⁰³ WONG ABAD, Juan Jesús. “La paternidad socio-afectiva o la búsqueda del mejor padre en los conflictos sobre filiación. Comentarios a la casación N° 2726-2012. Del Santa”, en *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 199, Gaceta Jurídica, pp. 57- 66.

la cual es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo. Por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3¹⁰⁴ y 4¹⁰⁵, el juez resuelve la causa”. Como puede verse, en la parte final de este artículo, se regula la importancia que tiene los resultados de una prueba de ADN para la decisión del juez en un proceso de filiación extramatrimonial, pues en base a ello resolverá la demanda. Si la prueba diera como resultado positivo, se declarará judicialmente la paternidad, caso contrario la parte demandante deberá integrarle al demandado el costo asumido.

Lo mismo ocurre en el proceso de impugnación de paternidad, en la que la prueba de ADN resulta determinante e imprescindible en ese proceso, tal y como ha quedado demostrado en diversas jurisprudencias.

Nuestro ordenamiento jurídico regula la presunción de paternidad del hijo matrimonial estableciendo que el hijo nacido dentro del matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido; presunción que se conoce en la doctrina como *pater is est*. Sin embargo, con la introducción de la nueva prueba de identidad genética, ADN, se ha modificado el concepto jurídico de la averiguación y declaración de la paternidad que inclusive ha afectado a dicha presunción. En base a ello, la Corte Suprema en la Cas N° 1594-2005 Tacna estableció que la presunción *pater is est* no puede ser aplicada en forma rígida y abstracta, en tanto tal presunción precisamente debe ser aplicada considerando el Interés Superior del Menor y el derecho a la identidad que tienen los niños o adolescentes, por lo que sólo es aplicable cuando se haya cumplido los siguientes requisitos: a) Que preexista vínculo matrimonial entre los progenitores, b) Que el nacimiento del hijo se haya producido dentro de matrimonio o dentro de los trescientos días posteriores a su disolución, y c) Que los cónyuges sean los padres

¹⁰⁴Artículo 3.- Oposición fundada: “Si la prueba produjera un resultado negativo, el juez declarará fundada la oposición y dictará sentencia declarando también infundada la pretensión de alimentos, condenando a la parte demandante al pago de las costas y costos del proceso”. Ley 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial

¹⁰⁵ Artículo 4.- Oposición infundada: “Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, constituyendo el mandato expedido declaración judicial de paternidad. En la misma resolución, se dictará sentencia respecto a la pretensión de alimentos condenando al demandado al pago de costas y costos del proceso”. Ley 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial

biológicos del menor; esto quiere decir que si en un proceso judicial se establece que el menor tiene por padres biológicos a terceros, no resultará de aplicación la presunción de paternidad.

Por otro lado, el artículo 396° establece que: *“El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”*. En el mismo sentido el artículo 404° regula que: *“Si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable”*. En los preceptos bajo análisis, queda claro que mientras el marido de la madre no impugne su paternidad, el hijo no podrá reclamar su verdadera filiación respecto de su progenitor biológico.

Al respecto, SIMÓN REGALADO¹⁰⁶ sostiene que *“..tal condición, a la cual está sujeto el hijo para accionar el desplazamiento del estado de familia que no le corresponde, es atentatoria del derecho a la libertad, al libre desenvolvimiento de su personalidad, al proyecto de vida de toda persona y, lo que es más importante, a su identidad(...)”*. Es en base a ello, se creía necesario que los jueces en defensa de nuestro texto constitucional, emplearan el control difuso inaplicando los artículos 396° y 404°, más aún si estos preceptos normativos no guardaban relación con la introducción de la prueba biológica de ADN, que al tener el carácter de indubitable permitían demostrar con gran porcentaje de certeza y confiabilidad, quién es el progenitor del menor que reclama una filiación.

En una decisión de especial relevancia, la Corte Suprema (Consulta N° 1388-2010-Arequipa), unificó como criterio que a pesar que la madre esté casada, se podría establecer la paternidad extramatrimonial, ello con el propósito de enmarcar y brindar protección al derecho a la identidad estática del menor y sobre todo atendiendo de manera primordial el Interés Superior del Niño y del Adolescente. En ese sentido, los jueces comenzaron a inaplicar, vía control difuso, los artículos 402° y 404° del Código Civil (artículo actualmente derogado). Por unanimidad la Sala sostuvo que la exigencia de solicitar que previa a la impugnación de paternidad,

¹⁰⁶ SIMÓN REGALADO, Patricia. “Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada” en Código Civil Comentado Tomo III, Gaceta Jurídica, p.31.

exista una sentencia, dejando de lado el resultado de una prueba pericial de ADN atendería contra las normas reguladas en nuestra Constitución al afectar el derecho fundamental a la identidad del niño y negar la filiación biológica¹⁰⁷.

Bajo el mismo criterio, en la Casación N° 2726-2012-DEL SANTA, la Corte Suprema consideró que, por encima de las regulaciones sobre filiación, lo que en realidad importaba era proteger la identidad biológica del menor y si bien existe la presunción de paternidad para los hijos nacidos dentro del matrimonio esta no es de carácter absoluto, admitiéndose prueba en contrario. Por ello, el Colegiado inaplicó lo establecido en los artículos antes mencionados, confirmando la sentencia que estimó en primera instancia la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad interpuesta por un padre biológico contra la madre y el padre legal de una niña. Además, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema no solo inaplicó los citados artículos del Código Civil, sino que evaluó la posesión de estado de familia de la niña con el padre biológico y la madre, abriendo paso de esta manera a otras medidas para definir la filiación, medidas que fueron interpretadas conforme al principio de interés superior del menor. En su fundamento décimo cuarto se estableció que se había evaluado psicológicamente a la menor, cuyos resultados se plasmaron en un informe psicológico, mediante el cual los psicólogos arribaron a la conclusión que la menor se identificaba con su familia, reconocía en todo momento como padre a la persona que la había criado y con la que compartía vínculos socioafectivos, lo consideraba como una persona cariñosa y protectora, lo cual determinaba su filiación paterno filial y la identidad dinámica de la menor con su familia paterna¹⁰⁸.

¹⁰⁷ DECLARACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL DE HIJA DE MUJER CASADA, [ubicado el 15.II 2018]. Obtenido en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechogenerciaydesarrollo/2013/12/04/declaraci-n-de-paternidad-extramatrimonial-de-hija-de-mujer-casada/>.

¹⁰⁸ "...siendo ello así resulta procedente declarar inaplicable, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del Interés Superior del Niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal". Casación N° 2726-2012-DEL SANTA - Fundamento Décimo Cuarto.

Cabe resaltar lo esbozado por la Corte Suprema en cuanto evaluó el principio del Interés Superior del Niño, reflejado en la posesión constante de estado con su padre, situación que resultó ineludible para la resolución de una situación que involucraba los intereses y derechos fundamentales de la menor como los del padre legal. Entre las razones que la Corte Suprema señaló para declarar confirmada la resolución que declaró fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad por el padre biológico, fue precisamente los lazos afectivos que compartían padre e hija (demandante y la niña) y los resultados que arrojaba la evaluación psicológica practicada a la menor, que reafirmaba la status socioafectivo del hijo respecto a su padre en la relación de filiación.

3.2. La filiación socioafectiva

En la actualidad, existen nuevas realidades sociales que el derecho ha dejado de lado, en tanto, la filiación no solo se funda en un nexo o vínculo biológico sino que existen filiaciones fundadas en la afectividad, dentro de ellas la filiación socioafectiva, la que debe ser regulada en nuestro ordenamiento jurídico en aras a proteger los derechos del niño, niña y adolescente. En esta sección se desarrollará en qué consiste la filiación socioafectiva y su regulación en el derecho comparado.

3.2.1. La filiación socioafectiva en el derecho comparado y su implicancia en los derechos fundamentales de los niños y adolescentes

La familia como institución social y como núcleo básico y fundamental de la sociedad ha sufrido algunas modificaciones en cuanto a su estructura y forma, incorporando nuevas relaciones entre padres e hijos, relaciones que van más allá de la genética y se fundan básicamente en vínculos afectivos.

De esta manera, en la actualidad, se ha dejado de lado el clásico y tradicional concepto de paternidad entendido como el vínculo entre dos personas que tiene su origen en lo puramente biológico, sino que ahora se incluye nuevas estructuras de relaciones paterno filiales basadas además en vínculos socio-afectivos; es allí

donde surge la idea de que padre no es solamente el que engendra a un hijo sino fundamentalmente quien desarrolla tal rol y las obligaciones que esto genera.

Sobre la institución de la paternidad socio-afectiva, Maria Berenice Diaz¹⁰⁹, citando a Julie Delenskie señala que: *“La paternidad no es solo un acto físico, sino, principalmente, un hecho de opción, sobrepasando los aspectos meramente biológicos, o presumidamente biológicos, para adentrar con fuerza y vehemencia en el área afectiva”*. Es decir, la paternidad no puede resumirse en la procreación de un hijo, sin que se establezca una relación afectiva; porque de lo contrario, tal acto quedaría en el simple reconocimiento legal mas no en la verdadera responsabilidad que conlleva el ser padre. Asimismo, es importante recalcar que los vínculos afectivos que los niños o adolescentes forman con sus padres son esenciales en la construcción de su identidad y para un buen desarrollo y equilibrio emocional, desconocer en una declaración judicial de paternidad los vínculos afectivos sería atentar contra el Interés Superior del Niño.

Al respecto, Enrique Varsi Rospigliosi manifiesta que *“.. Sentirse y ser tratado como hijo implica el legítimo reconocimiento de una verdad que no puede ocultarse, de una paternidad que se vive y se siente, conocida modernamente como la paternidad socioafectiva que, por más que se condiga con la biológica debe prevalecer al estar amparada en el máximo componente de la vida social del ser humano, el afecto e interrelacionamiento”*¹¹⁰. Es preciso reconocer jurídicamente vínculos de paternidad más allá de la biología, donde el afecto pase a ser también un criterio de la relación paterno- filial.

En Brasil, por ejemplo, existe una nueva configuración familiar que impulsa una desbiologización de las relaciones paterno-filiales, regulándose nuevos criterios de paternidad como lo es la paternidad fundada en la afectividad. La Constitución Federal de Brasil ha elevado las relaciones afectivas a un presupuesto jurídico, y se han establecido nuevos prototipos en la identificación de las entidades familiares

¹⁰⁹ Cfr. DELENSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*, en BERENICE DIAZ, Maria. “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales”, *Revista Jurídica UCES*, pp. 83-90.

¹¹⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Paternidad socioafectiva: La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologicismo a la consagración del afecto” en *Actualidad Jurídica*, N° 200, 2010, pp. 57-64.

y de los vínculos filiatorios¹¹¹. Gustavo Tepedino¹¹² citado por Berenice Diaz menciona que : *“La familia ha dejado de ser valorada como institución, por sí solo merecedora de tutela privilegiada, como disponía el Código Civil, en favor de una protección en función de la realización de la personalidad y de la dignidad de sus integrantes, como prevé el Texto Constitucional”*.

Al respecto, el Código de Brasil, en su artículo 1593° establece que: *“El parentesco es natural o civil, conforme resulte de consanguinidad u otro origen”*. Asimismo, el artículo 1584 inciso 5° del Código Civil de Brasil menciona que: *“Si el juez verifica que el hijo no debe permanecer bajo la guardia del padre o de la madre, deferirá la guardia a la persona que revele compatibilidad con la naturaleza de la medida, considerados, de preferencia, el grado de parentesco y las relaciones de afinidad y afectividad”*. Es de verse la importancia que el Código Civil de Brasil otorga a las relaciones afectivas, siendo un criterio importante y decisivo al momento de un proceso de custodia de menor; no restringiendo su otorgamiento a las personas que tengan un grado de parentesco con el menor, sino que se reconoce también las relaciones de afinidad y afectividad; de esta manera se prepondera la crianza afectiva, importante en la formación psicológica e inserción social del niño.

En concreto, la filiación basada en la afectividad es un criterio fundamental en el Derecho de Familia de Brasil que *“resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales. El vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera ser su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar”*¹¹³. Al respecto, jurisprudencia Brasileña ha señalado que un criterio importante para resolver estas controversias, es la opinión del niño y adolescente, en cuanto si desean el emplazamiento del padre biológico o si gozan de la posesión de estado del padre socioafectivo y desean su emplazamiento.

Tal situación pudo verse en el Recurso Especial N°878941/DF (2006/0026284-0) del 21 de Agosto del 2007 en la que: Una hija, que fue registrada al nacer por el

¹¹¹ BERENICE DIAS, María. “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales”, *Op. cit.*, p.86.

¹¹² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Río de Janeiro, Renovar, 1999, p.20.

¹¹³ BERENICE DIAS, María. “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales”, *Op. cit.*, p.86.

marido de su madre, solicitó ante un tribunal local el reconocimiento de la paternidad biológica, el cambio de apellido y su inclusión, como heredera universal, en el inventario de su padre biológico fallecido. La familia de éste argumento que había una falta de relación entre él y la madre de la autora de la acción judicial, y de contribución de la madre en la construcción del patrimonio familiar y que prevalecía la paternidad socioafectiva frente la biológica. El tribunal de primer grado reconoció la paternidad biológica, basándose en un examen positivo de ADN, y estableció la rectificación del acta de nacimiento. Además, declaró a la autora de la acción judicial heredera necesaria del padre biológico. Luego, la familia del padre biológico interpuso el Recurso Especial N° 789.293 ante el Tribunal Superior de Justicia, contra la sentencia de Tribunal de Justicia del Estado de Santa Catarina, sustentando nuevamente la prevalencia del vínculo socioafectivo sobre el biológico, en torno a la declaración de paternidad con todas sus consecuencias registrales y patrimoniales. Según la familia, hubo, en realidad una “adopción a la brasileña” por parte del marido de la madre de la autora, cuando se declaró en el acta de nacimiento de la autora que ella era su hija. La sentencia del STJ del 2006 ratificó por unanimidad, la del tribunal inferior. En su voto, la ponente Nancy Andriighi expresó que: *“la prevalencia de la paternidad o maternidad socioafectiva frente a la biológica tiene como principal fundamento el interés del menor, o sea tiene por objeto garantizar los derechos a los hijos frente a las negativas respecto a la maternidad o paternidad, no obstante, la paternidad socioafectiva no puede ser impuesta contra la pretensión de un hijo, cuando es él quien busca el reconocimiento del vínculo biológico”*¹¹⁴.

El principio del Interés Superior del Niño es un principio que ha sido reconocido en distintos países, en la cual se pondera que todas las medidas a adoptarse por las instituciones públicas y privadas, autoridades administrativas o distintos órganos tengan en cuenta el bienestar del menor. En base a ello, el Tribunal de Justicia de Brasil, ha entendido que en un proceso de emplazamiento filiatorio de un menor, se tendrá en cuenta la opinión del niño, porque como en el caso antes mencionado, es el propio hijo el que desea el reconocimiento por parte de su padre biológico.

¹¹⁴ FERREIRA DE LAURENTIS, Eliane. *Temas Polémicos En Derecho De Familia Conforme Al Derecho Brasileño*, Brasil, Editorial Dunken, p. 131.

En consecuencia, se entiende que en caso de conflicto entre verdad biológica y la verdad basada en vínculos socioafectivos, esta última dará prioridad al principio del Interés Superior del Niño, salvo que, según los conceptos, existan motivos serios, basados en el mismo principio en el que sea más apropiado o conveniente orientar la decisión en sentido contrario, optando por la preeminencia del vínculo consanguíneo.

Puede verse entonces, que la paternidad para el Derecho Brasileño no implica solo el acto de reproducción, sino que es importante reconocer y preponderar al vínculo que se establece en virtud del reconocimiento social y afectivo de una relación entre un hombre y un niño como si fueran padre e hijo¹¹⁵, a lo que se conoce como paternidad socioafectiva. Este vínculo debe ser, por tanto, recíproco, y siempre tomando en cuenta el derecho de opinión del niño, porque como puede verse, pueden existir casos en los que el hijo no desee el emplazamiento de su padre socioafectivo sino que exija el reconocimiento por parte de su padre biológico.

La paternidad socioafectiva entonces, y conforme lo destaca la doctrina brasilera, significa que un proceso complejo, que incluye elementos sociales, psicológicos y afectivos en la que se establece relación de paternidad entre padre e hijo, independientemente de que este haya sido generado biológicamente por aquel, es decir; una verdadera paternidad no puede verse circunscrita a solo información consanguínea, sino que se requiere de una sólida relación paterno filial, en la que exista un trato recíproco como tal.

Es importante tener en cuenta, que la relación paternal basada en la socioafectividad encuentra su fundamento en la voluntad de criar a un niño como hijo propio, de emplazarse como tal y que medie entre padre e hijo un vínculo que es asumido recíprocamente, es decir las posesiones de estado están consolidadas, habiendo un correlato entre su realidad social con su identidad filiatoria, a pesar de encontrarse ausente una realidad biológica.

¹¹⁵ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Paternidade socioafetiva X Paternidade biológica [ubicado el 15.VI.2018]. Obtenido en <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/paternidade-socioafetiva-x-paternidade-biologica/>

3.2.2. La posesión de estado como principio rector en las relaciones de filiación y parentesco

La posesión notoria de calidad de hijo constituye la base para establecer un vínculo filiatorio legal incluso si el vínculo biológico no está presente¹¹⁶, y puede definirse, como una serie de hechos que demuestra una relación de filiación. La sumatoria de diferentes acciones, pueden definir un comportamiento que evidencia una relación no basada precisamente en lazos consanguíneos sino más bien en un reconocimiento voluntario de una paternidad que se vive y se siente.

En Chile, el régimen de filiación actual busca suscitar la igualdad de los hijos nacidos tanto dentro como fuera del matrimonio, respetando así que todos los hijos son iguales antes la Ley, no debiendo existir distinción alguna. Así por ejemplo se ha establecido la paridad en derechos hereditarios entre los hijos que tengan determinada su filiación y el establecimiento del principio de la libre investigación de la paternidad y maternidad. Estas modificaciones se encuentran sustentadas principalmente en dos derechos de vital importancia como lo son el derecho a la identidad y el Interés Superior del Niño. En ese orden de ideas, una de las pruebas por excelencia para demostrar la paternidad, es el informe pericial biológico, no obstante, ésta no es la única, pues al existir libertad probatoria en juicios de filiación se ha incluido una institución que le da valor entre padre e hijo que, a pesar de no tener un nexo con la verdad consanguínea, se funda en vínculos afectivos, los que han llegado a ser considerados, incluso, más importante para el hijo que el nexo biológico: la posesión notoria de calidad de hijo¹¹⁷.

¹¹⁶ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil*, Dykinson, 2016, p. 361 [ubicado el 22.VI.2017]. Obtenido en <https://books.google.com.pe/books?id=qA7ODQAAQBAJ&pg=PA360&lpg=PA360&dq=La+posesi%C3%B3n+de+estado+constituye+una+causa+para+otorgar+la+filiaci%C3%B3n+jur%C3%ADdica&source=bl&ots=QN3Eca3oXW&sig=u9x-DFQTQtcefEupilO2QoNuY6A&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwjXoc372drUAhWCGz4KHbUQA9gQ6AEINjAD#v=onepage&q=La%20posesi%C3%B3n%20de%20estado%20constituye%20una%20causa%20para%20otorgar%20la%20filiaci%C3%B3n%20jur%C3%ADdica&f=false>.

¹¹⁷ TOBAR OLIVARI, Valeria Salomé. *Posesión notoria del estado civil de hijo: tratamiento en el Derecho Chileno y Comparado*. Memoria para optar al título de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2016.

La posesión notoria de calidad de hijo, se encuentra regulado en el Código Civil Chileno, concretamente en el Título VIII denominado: “De las acciones de filiación”, artículo 200°, inciso 2, que consiste: *“en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal”*. Como vemos, es esta circunstancia actual, que independientemente de que la relación padre-hijo es compatible con el hecho biológico, es la que determina el disfrute y la condición de vida del niño, por su nombre, trato y presentación a la sociedad. No se requiere evidencia biológica de vínculo de asimilación porque puede interpretarse como aceptación voluntaria de la paternidad.

Por otro lado, el artículo 201° establece: *“La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras. Sin embargo, si hubiesen graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico”*. Es con la Ley 19.585, ley que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, es que se pudo otorgar preeminencia a las relaciones paterno o materno filiales con los hijos, por encima de la prueba biológica de ADN, teniendo en consideración siempre lo más beneficioso para el Interés Superior del Niño. De ello se desprende, que la posesión de estado de hijo¹¹⁸ constituye el medio probatorio más trascendental en los juicios en los que se establece la filiación, lo cual se conviene con el principio del Interés Superior del Niño y la realidad social imperante.

En el mismo sentido, nuestro Código Civil, en su artículo 402°, aparte de la prueba de ADN, que es la más utilizada en la praxis debido a su carácter indubitable,

¹¹⁸ Las principales características y finalidad de la posesión notoria de calidad de hijos son: a) su función como medio probatorio de la filiación; b) constituir una situación de hecho público, reiterado y continuo con consecuencias jurídicas; c) ser expresión del principio del Interés Superior del Niño; d) su irrevocabilidad; y e) su preeminencia sobre la prueba biológica en caso de entrar en conflicto con éste. TOBAR OLIVARI, Valeria Salomé. *Posesión notoria del estado civil de hijo: tratamiento en el Derecho Chileno y Comparado*. Memoria para optar al título de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2016, p. 38.

incluye otros supuestos¹¹⁹ para que proceda la declaración judicial de filiación extramatrimonial. Así, por ejemplo la paternidad puede quedar determinada cuando el hijo se halle o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia. Tenemos así que la posesión de estado de un hijo concebido fuera del matrimonio es una forma de demostrar o establecer una filiación extramatrimonial. Tener la condición de hijo es vivir como un hijo y ser tratado como tal, tener abiertamente una apariencia que se expresa a través de un conjunto de actitudes y conductas que lo demuestren

Es preciso señalar, además, que el artículo bajo comentario requiere que la posesión de estado sea constante, es decir tenga una continuidad en el tiempo. En cuanto a ello, conviene advertir dos aspectos. Primero, el plazo extremadamente corto que establece el legislador, el cuál es solo de un año, limitando así la posibilidad de establecer el vínculo filiatorio, objetando el derecho del menor de tener un padre. Y como segundo aspecto, es que de una interpretación de este inciso se tiene que la posesión de estado de hijo, resulta ser un vínculo presumido de filiación que requiere una exhaustiva probanza, lo cual al no tener un debido fundamento jurisprudencial, o una mayor regulación y alcance, esta presunción puede ser debatida con un examen de ADN, que tal y como ha quedado establecida es un criterio muy relevante en nuestro ordenamiento jurídico y a nivel jurisprudencial.

¹¹⁹ El artículo 402° del Código Civil incluye seis supuestos en los que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: "1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita; 2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia; 3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales; 4. En los casos de violación, raptó o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; 5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable; "6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad. El juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza".

3.3. La importancia de la realidad sociológica como fundamento esencial en la filiación

Junto a la verdad biológica, erigen como pilar fundamental otra gran certeza: la realidad social o sociológica, otorgándole una igual e incluso mayor importancia que la primera, esto porque para el Interés Superior del Niño, es más conveniente que la verdad social prevalezca. La realidad sociológica deber ser un criterio importante que necesita ser evaluado en la determinación de la filiación, pues junto sobre la base del favor filii y la posesión de estado, constituye una limitación real al principio de verdad biológica.

Desde una óptica sociológica, se concibe a la familia como una comunidad e institución social que está integrada por personas cuyos vínculos derivan aparte de lo biológico, en las relaciones sociales. Por tanto, no se puede reducir la protección de esta institución básica de toda sociedad, a los miembros, específicamente padres e hijos, que comparten relaciones consanguíneas, desconociendo que sobre la base de toda relación de paternidad coexiste una realidad sociológica. Dichas relaciones paterno filiales actúan sobre la base de la sociabilidad, es decir, en las relaciones de una persona para con la otra. De este modo e invariablemente, la familia requiere de un reconocimiento que consagre el vínculo de las relaciones que en ellas se configuren, relaciones que pueden enmarcarse por vínculos consanguíneos, jurídicos o sociológicos.

Toda la vida del ser humano se desenvuelve en la sociedad, desde que nace hasta que muere. La familia constituye el escenario natural en el que cumple todas sus actividades. Las relaciones que se forman dentro del círculo familiar constituyen parte significativa para la construcción de la identidad de una persona, estas relaciones entablan estabilidad y conexión del menor con el propio vínculo familiar, especialmente la relación paterno filial.

Aquí podemos hablar de la identidad filiatoria o familiar, que es la que nace del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen legalmente como sus padres. Es decir, el hijo se siente como tal, reconoce su posición y status en el seno familiar, integrando y compartiendo lazos

socioafectivos no solo con sus padres (biológicos o no) sino con sus demás familiares.

Esto es así porque los vínculos padre e hijo se van formando con el tiempo, con la convivencia permanente y con las relaciones que en ellas se establezcan. De allí queda claro que la filiación no es precisamente un acontecimiento derivado de un hecho biológico, sino que también se toma en cuenta un cariz dinámico, en el que se encuentra aspectos que trascienden esto, fundado en lo socioafectivo y lo social. De esta manera, la realidad biológica pasa a un segundo plano, siendo determinante para establecer una filiación entre padre e hijo, una realidad social.

Al respecto debemos mencionar, que nuestro ordenamiento jurídico, admite la filiación por adopción que como sabemos esta relación no depende de lazos consanguíneos sino más bien afectivos y jurídicos, en una declaración libre y voluntaria de tener a un hijo y aceptarlo como propio, con todas las obligaciones y responsabilidad que asumir este rol genera. En la adopción existe una clara disconformidad entre la verdad biológica y el vínculo jurídico, sin embargo el hijo que ha sido adoptado *tiene como padre en la realidad jurídica a aquel ser que voluntariamente asumió la responsabilidad de la paternidad*¹²⁰, por ello queda establecido que una aproximación a un concepto jurídico de paternidad debe considerar aspectos biológicos, y sociales.

3.4. La importancia del derecho a la identidad dinámica en los procesos de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad

Nuestra Constitución, legislación nacional y los tratados internacionales¹²¹ sobre derechos humanos ratificados por el Perú, regulan la importancia que todo ser

¹²⁰ ROJAS ALVITEZ, Karla Patricia. *La filiación paterna en la Reproducción Humana Asistida*, Lima, Editorial Palabra, 2006, p, 130

¹²¹ Desde la óptica internacional emergen diversos instrumentos legales que establecen el derecho a la identidad personal, entre ellos, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, la cual, en su artículo 8° establece que: “*Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño y preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias lícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente a su identidad.*”, es decir, se reconoce el carácter fundamental e inalienable del derecho a la identidad personal del niño.

humano tiene a conocer su identidad, siendo éste un derecho inherente a cada persona que lo hace un ser único e irrepetible.

La identidad es definida por Fernández Sessarego como: “*el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a una persona en la sociedad.*

¹²²*Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de características de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a cierta persona, en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto específico ser humano”.*

La doctrina propone dos carices del derecho a la identidad: estática y dinámica. En cuanto a la identidad estática responde a la concepción limitada de identificación y se construye, como regla, sobre los datos físicos o biológicos de una persona. En cambio, la identidad dinámica, involucra una realidad filiatoria, esto es, *los vínculos paterno filiales que han sido aceptados y vivenciados en el marco de las relaciones familiares*¹²³; la persona va generando estas relaciones a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural.

La diferencia entre elementos estáticos y dinámicos es de vital importancia al momento de determinar la filiación extramatrimonial o impugnación de paternidad, pues no se puede salvaguardar un derecho protegiendo solo un aspecto de éste y no tomando otro de igual o mayor importancia. La identidad dinámica está claramente asociado con los vínculos socioafectivos, es por eso que en un proceso de impugnación de paternidad o filiación, se debe tener en cuenta no solo el derecho del niño a emitir su opinión sino la necesidad de tomar atención a los informes o evaluaciones psicológicas y sociales, que conlleven a determinar si la posesión de estado o el vínculo socioafectivo es endeble que amerite desestimarla por una realidad biológica o, por el contrario, es preciso remarcar y ponderar el derecho a la identidad dinámica que se ha construido, esto es, los vínculos socioafectivos entablados y formados. Resulta necesario modular la identidad, el

¹²² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*, Lima, Instituto Pacífico, 2015, p. 116.

¹²³ ROJAS ALVITEZ, Karla Patricia. *Op. cit.* 128

Interés Superior del Niño, la posesión notoria en calidad de hijo y los vínculos socioafectivos como un complejo funcional que deben evaluarse en cada situación en particular.

3.3. Propuesta de regulación de la figura de la paternidad socioafectiva en los procesos de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad

La familia es la unidad mínima, esa micro-sociedad donde el hombre se siente acompañado, protegido, valorado¹²⁴, es un grupo de personas unidas por vínculos consanguíneos o por vínculos o lazos constituidos y reconocidos social y legalmente. La función que el Derecho atribuye a la filiación pone de relieve que ésta no siempre se identifica con los vínculos consanguíneos o biológicos sino muchas veces por cuestiones legales o socio afectivos.

El parentesco es diverso y variado, con diferentes orígenes. Se extiende a un vínculo familiar o a un vínculo existente entre dos o más personas por naturaleza (origen biológico), matrimonio (relación) o del acto voluntario del reconocimiento (declaración de paternidad, adopción o vínculos socioafectivos). Ahora, de todas estas relaciones, se considera como la más importante a la filiación (del latín: filius, hijo) concebida como la relación paterno- filial yacente entre el hijo y su padre¹²⁵. En ese orden de ideas, se puede afirmar que ser padre no sobrelleva precisamente la existencia de un vínculo o lazo biológico, por cuanto ser padre implica un acto de amor, entrega y posesión de estado, de allí la frase muy utilizada y coloquial que afirma que “padre no es necesariamente el que engendra sino fundamentalmente el que cría”.

Teniendo en cuenta ello, es necesario definir a la paternidad no como un vínculo meramente consanguíneo, sino más bien como una función responsable para el desarrollo de determinados sujetos, es decir, el papel de padre puede recaer en una persona que mantiene un vínculo de amor y deber de cuidado para con su hijo. Es debido a la gran importancia que tienen los lazos afectivos en el interés del menor es que nace la teoría de la paternidad socioafectiva.

¹²⁴ ROJAS ALVITEZ, Karla Patricia. *Op. cit* p. 119.

¹²⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético, Op cit.* p.191

La paternidad socioafectiva es definida como el trato entre un padre y un hijo que se encuentra fundado, independientemente de los vínculos consanguíneos o biológicos, en un vínculo de amor y afecto, con sentimiento consolidados. En esta línea, esta relación paterno filial supera las obligaciones legales y se instituye en una relación en el que su principal razón de integración es el afecto¹²⁶. Aunque en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en nuestro Código Civil no se regula esta figura, sí se hace mención a la “posesión de estado” en el artículo 375° del Código Civil¹²⁷ siendo su papel el de servir como medio para probar la filiación matrimonial.

En la legislación comparada, como Brasil o España se ha reconocido prestigio a la prevalencia de esta institución o a la también denominada posesión de estado o favor filii, en donde la investigación de la paternidad es un concepto que implica la protección de otros factores, ajenos al vínculo biológico y que buscan priorizar la estabilidad del hijo en una determinada familia, esto es, la posesión de estado que viene gozando el hijo con su padre, aunque se imponga a la verdad biológica.

Así, la posesión de filiación es una cuestión fáctica, que trata en el goce del estado como hijo, de modo público, permanente e inequívoco en las relaciones familiares y sociales. Situación que revela la libre voluntad del padre de prestar asistencia, cuidado y compañía al hijo, y que está sometida a la libre apreciación judicial¹²⁸. Por tanto, la paternidad socioafectiva se basa en la posesión de estado de un hijo, es una construcción de amor, afecto consolidada, por lo que el vínculo del hijo con los padres no resulta de factores meramente biológicos o genéticos sino algo más profundo y fortificado con la vivencia cotidiana y los lazos que se van a estableciendo a diario.

¹²⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y CHÁVEZ, Marianna. “Paternidad socioafectiva: la evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto”, *Actualidad Jurídica*, N° 200, 2010, pp.57-64.

¹²⁷ El artículo 375° del Código Civil señala que: “*La filiación matrimonial se prueba con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, o por otro instrumento público en el caso del artículo 366, inciso 2, o por sentencia que desestime la demanda en los casos del artículo 363. A falta de estas pruebas, la filiación matrimonial queda acreditada por sentencia recaída en juicio en que se haya demostrado la posesión constante del estado o por cualquier medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres*”.

¹²⁸ PÉREZ DE CASTRO, Maricela Gonzales. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, Dykinson, 2013, p.66.

En ese orden de ideas y dada la importancia de la figura de la paternidad socioafectiva es que resulta importante su regulación en los procesos de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad, de esta manera debe modificarse el inciso 6° del artículo 407° del Código Civil y regularse lo siguiente: *“La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: f) Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza o, cuando se compruebe la existencia de una paternidad socioafectiva. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza o, se compruebe los lazos socioafectivos que se originan en la relación paterno filial”*.

Por otro lado, en cuanto a los procesos de impugnación de paternidad, debe modificarse el artículo 399° del Código Civil e incluirse lo siguiente: *“El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395, debiendo tomarse en cuenta los lazos socioafectivos generados entre el menor y su padre legal”*.

Con la regulación propuesta se busca que en los procesos civiles tanto de filiación extramatrimonial como de impugnación de paternidad se tomen en cuenta los lazos socioafectivos generados entre el padre legal o padre que ha construido un vínculo con el menor y no solo asumir a la verdad biológica como dato suficiente para establecer el vínculo de filiación jurídica. De esta manera, una demanda de filiación extramatrimonial puede estar dirigida contra el padre, diferente al progenitor, con el que el hijo ha construido una identidad filiatoria. En el mismo sentido, en un proceso de impugnación de paternidad si el padre biológico interpone una demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad solicitando como pretensiones impugnar el reconocimiento de paternidad de su hija con su padre legal, dejar sin efecto el reconocimiento legal y se declare la paternidad a favor del recurrente en calidad de padre biológico; se debe evaluar, en cada caso concreto, si el menor ha desarrollado, a lo largo del tiempo que ha vivido con su padre legal, un lazo paterno

filiat con éste, siendo este el caso de los hijos reconocidos dentro del matrimonio o en una relación de pareja y que han sido formados dentro del hogar conyugal, manteniendo una identificación con su familia paterno legal y que, posteriormente, por alguna causa, su padre biológico impugna la paternidad de un tercero.

Nuestra Corte Suprema, en sus últimos pronunciamientos al evaluar un caso de impugnación de paternidad de un padre biológico, fue sostener que la menor había demostrado una identidad filiatoria, en su faceta dinámica con su padre legal, esto es, la posesión de estado que gozaba con su padre no biológico, resolviendo a favor del derecho a la identidad de la menor, aunque no coincidía con su origen biológico o identidad estática.

Se debe tener en consideración que habrá casos en los que el menor no ha desarrollado una identidad filiatoria con su padre legal por distintos motivos, por los que, en estos casos, se deberá resolver conforme a su realidad biológica.

Es preciso acotar que la realidad sociológica y emocional compartida por el niño con su padre legal o socioafectivo, es una realidad cada vez más presente y necesaria para su bienestar emocional y desarrollo de la identidad, aunque no guarde correspondencia con la identidad biológica, por lo que debe ser tomada en cuenta por nuestros jueces al momento de resolver estos procesos y analizando cada caso en concreto.

En consecuencia, al momento de resolverse en estos procesos, nuestros jueces de familia deberán tener en cuenta el vínculo socioafectivo existente entre el padre legal y el niño. Esta filiación socioafectiva se basa en un tratamiento recíproco de afecto entre padres e hijos. Ahora, para comprobar tal vínculo será necesario que el juez ordene visitas sociales, testimoniales, una pericia psicológica a todas las partes, pero sobre todo se deberá tener en cuenta la opinión de la menor. Si se constata que existe una verdadera relación socioafectiva, se declarará infundada la demanda del padre biológico, y se reconocerá la paternidad al padre socioafectivo. Frente a este supuesto, se podría entender que tal reconocimiento es atentatorio del derecho a una identidad biológica del niño; sin embargo, es necesario tener en cuenta que el derecho a conocer los orígenes genéticos podría ser solo una

cuestión declarativa, es decir el niño podrá entender quién es su padre biológico, pero sin que ello implique que la paternidad biológica pueda anteponerse a una paternidad basada en la socioafectividad. Ello encuentra su sustento en que las relaciones generadas de afecto no pueden ser dejados de lado por la preeminencia del vínculo u origen biológico, por cuanto sería atentar con su derecho a la identidad dinámica y sobre todo su interés superior. De esta manera, acreditada la filiación socioafectiva solo queda conocer el origen biológico, sin que ello genere consecuencias jurídicas. La justicia debe brindar protección a la verdad afectiva construida por la convivencia.

CONCLUSIONES

1. La filiación extramatrimonial tiene efectos que recaen o inciden en el menor no reconocido, por ello se faculta al menor o a la madre en su representación en el proceso, a reclamar la filiación, siendo está una acción declarativa y de emplazamiento en el estado de familia. Por otro lado, el proceso de impugnación de paternidad busca revocar el reconocimiento del hijo, por demostrar que el hijo no comparte vínculos biológicos con su padre legal.
2. La filiación no puede verse resumida únicamente en un plano genético, sino que también resulta importante los lazos socioafectivos que se construyen entre padre e hijo. El reconocimiento jurídico de la paternidad socioafectiva es un paso trascendente de protección del derecho de la identidad del niño, y su realidad sociológica. Un criterio jurisprudencial en ese sentido, sería respetar la realidad socioafectiva construida por una convivencia constante y un trato recíproco de afecto, limitándose la declaración de paternidad biológica con fines declarativos sin ninguna modificación en el registro de nacimientos, sin forjar consecuencias jurídicas o patrimoniales.
3. Nuestro ordenamiento jurídico no otorga una regulación justa en el ámbito filial a favor de los niños, niñas y adolescente, por el contrario no encuentra armonía con nuestro texto constitucional y con lo estipulado en distintos instrumentos internacionales, por ello considero que estas normas deben alinearse al principio del Interés Superior del Niño, protegiendo de manera integral su derecho a la identidad y sobre poniendo los lazos socioafectivos que se originan en una relación paterno filial en un proceso de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad, por sobre los vínculos consanguíneos o biológicos.
4. La paternidad socioafectiva ha sido reconocida en el derecho comparado como en el caso de Brasil, en la que prevalece esta figura por encima de una

paternidad fundada en un vínculo biológico, incluso los Tribunales de Justicia han llegado a declarar judicialmente una paternidad biológica sin que ello implique una modificación o anulación del registro civil en el que se encuentra establecida o reconocida una paternidad socioafectiva. En ese sentido, se ha reconocido que el parentesco puede tener un origen diverso de la consanguinidad, adquiriendo relevancia una filiación basada en lazos afectivos y de amor.

5. La paternidad socioafectiva es aquella relación paterno filial basada en vínculos socio – afectivos, institución que debe ser regulada en el Perú cuando se compruebe que existe un verdadero estado de posesión del niño con su padre legal, en defensa del bienestar del menor, su derecho a la identidad dinámica y sobre todo al amparo de su interés superior que implica que en cada una de las decisiones emitidas y en el que esté involucrado o afectado un niño se le tendrá primordial consideración por ser siempre la parte más débil digna de una especial protección.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil Peruano*, Lima, Editorial San Marcos E.I.R.L., 2010.
2. ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max; ARIAS SCHEREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Exégesis T.VIII*, Lima, Gaceta Jurídica ConoSur, 2001.
3. BAUTISTA TOMÁ, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. *Manual de Derecho de Familia*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2006.
4. BARLETTA VILLARÁN, María. *Derecho de la niñez y adolescencia*, Lima, Editorial Fondo PUCP, 2018, p.21.
5. BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil: Familia*, 13ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2009.
6. CORDERO CUTILLAS, Iciar. *La impugnación de la paternidad matrimonial*, Publicacions de la Universitat Jaume, Colecció "Estudis jurídics", 2001.
7. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*, Lima, Editorial Rodhas, 2006.
8. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*, Lima, Instituto Pacífico, 2015.
9. FERREIRA DE LAURENTIS, Eliane. *Temas Polémicos En Derecho De Familia Conforme Al Derecho Brasileño*, Brasil, Editorial Dunken.
10. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Infancia y Derechos Humanos-Estudio Básicos de Derechos Humanos*, Tomo II, San José, Instituto Interamericana de Derechos Humanos 1995.
11. HERNÁNDEZ GOMEZ, Isabel. *Sistemas Internacionales del Derecho de Europa*, Madrid, Dykinson. S.L., 2002.

12. KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación: determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
13. LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín y otros. *Derecho de familia*, Cuarta Edición, Barcelona, Cometa S.A, 1997.
14. MENDEZ COSTA, María Josefa. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2006, p. 31.
15. MONJE BALMASEDA, Oscar. *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Madrid, Editorial Dykinson, 2011.
16. MONTOYA CHÁVEZ, Victorhugo. *Derechos fundamentales de los niños y adolescentes en la Constitución*, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, 2007, Lima.
17. PÉREZ DE CASTRO, Maricela Gonzales. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, Dykinson, 2013, p.66.
18. PLÀCIDO, Alex. *Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, 1ª edición, Lima, Pacífico Editores S.A.C., 2015.
19. PIEDRAHITA, H. G. *Derecho de Familia*, Bogotá, Temis S.A, 1992.
20. ROJAS ALVITEZ, Karla Patricia. *La filiación paterna en la Reproducción Humana Asistida*, Lima, Editorial Palabra, 2006.
21. SANTIESTEVEAN DE NORIEGA, Jorge. “Artículo 387°: Prueba de la Filiación Extramatrimonial” en *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo II, Vol. 1, Lima, Gaceta Jurídica, 2003.
22. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Río de Janeiro, Renovar, 1999.
23. TORRES FLOR, Analucía. *Derecho a la identidad y Reproducción Humana Asistida Heteróloga*, Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 2014.

24. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*, 4ta edición, Lima, Editora Jurídica Grijley.

25. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004.

TESIS

1. ALIAGA GAMARRA, Jimena. *El Interés Superior del Niño y del adolescente en la adopción internacional en el Perú*. Tesis para obtener el título de abogado, Lima, PUCP, 2015.
2. FLORES SAIRA, Gabriela del Rocio y LAURA RODRÍGUEZ. *Necesidad de escuchar la opinión del niño en los procesos de negación de paternidad e impugnación del reconocimiento, como una forma de protección del derecho a su identidad personal*. Tesis para obtener el título de abogado, Arequipa, Universidad Nacional de San Agustín, 2017.
3. GÓMES DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La Evolución del Interés Superior del Niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva*. Memoria para optar el grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, 2015.
4. GUTIERREZ ENRIQUEZ, Tatiana. *Los negocios jurídicos familiares: El reconocimiento del hijo, Perfiles dogmáticos y jurisprudenciales*. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Civil, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.
5. HERNÁNDEZ CERVANTES, Gonzalo. *La pérdida de la patria potestad y el interés menor*. Tesis para obtener el grado de doctor por la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2010.
6. TOBAR OLIVARI, Valeria Salomé. *Posesión notoria del estado civil de hijo: tratamiento en el Derecho Chileno y Comparado*. Memoria para optar al título de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2016.
7. YANES SEVILLA, Lucila Cristina. *El Interés Superior del Niño en los procesos de niñez y adolescencia en la ciudad de Ambato*. Tesis para

obtener el título magíster en Derecho Procesal, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016.

NORMAS:

1. Constitución Política del Perú.
2. Comité de los Derechos del Niño
3. Convención de los derechos del niño y adolescente.
4. Código del niño y el adolescente.
5. Declaración de Ginebra de 1924
6. Declaración de Derechos de la Niñez
7. Decreto Legislativo N° 1297 "*Protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos*".
8. Ley N° 27048 "*Ley que modifica diversos artículos del código civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad*".
9. Ley 28457 "*Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial*".
10. Ley N° 29715, "*Ley que modifica el artículo 2° de la Ley N° 28457*".
11. Ley N° 30466, "*Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño*".

RECURSOS ELECTRÓNICOS

1. AMADO AMADO, Catalina y LÓPEZ DE ARMAS, Karen. "Determinación de la Filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada", *Revista de Derecho Privado*, N°52, julio-diciembre 2014. Obtenido en <http://www.redalyc.org/pdf/3600/360033223023.pdf>.
2. CELIS AGUILAR, María Mayela. "El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial

- referencia a los casos Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia”, *Revista Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 13, 2020 [ubicado el 05.I.2020.]. Obtenido en: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429563865008/index.html>.
3. CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño* [ubicado el 27.IX.2016]. Obtenido en <https://forodeespanol.com/Archive/ParentesisYCorchetes/bhvpg/post.htm>
 4. DECLARACIÓN DE GINEBRA SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 1924 [ubicado el 17.I.2017]. Obtenido en www.humanium.org
 5. DECLARACIÓN DE GINEBRA [ubicado el 20.I.2017]. Obtenido en: <http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf>.
 6. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE [ubicado el 23.I.2017]. Obtenido en <http://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>
 7. DECLARACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL DE HIJA DE MUJER CASADA, [ubicado el 15.II 2018]. Obtenido en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechogerenciaydesarrollo/2013/12/04/declaracion-de-paternidad-extramatrimonial-de-hija-de-mujer-casada/>.
 8. MEJÍA ROSASCO, Rosalía. Declaración Notarial de Paternidad a través de proceso no contencioso de competencia notarial [ubicado el 22.V.2016]. Obtenido en <http://notariarosaliamejia.com/pdf/5.pdf>.
 9. MINISTERIO DE LA MUJER Y DESARROLLO SOCIAL. *Cruzada Nacional por el Derecho al Nombre y a la Identidad “Mi nombre”* [ubicado el 15.IX 2017]. Obtenido en: https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/mi_nombre/
 10. QUESADA GONZÁLES, Maria Corona. *La prueba de ADN en los procesos de filiación* [ubicado el 05.VI.2016]. Obtenido en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2005-

20049300594 ANUARIO DE DERECHO CIVIL La prueba del ADN en los procesos de filiación.

11. PLÁCIDO V. Alex. "La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial", *Supra Iuris Revista Usmp Final*, 2013, pp. 129-183 [ubicado el 22.VI.2016]. Obtenido en <http://www.revistasacademicas.usmp.edu.pe/uploads/articulos/cb3a0-12.pdf>.

12. RODRÍGUEZ TOFFOLO, Mónica. "El fuero maternal de la Madre Subrogada de acuerdo al Ordenamiento Jurídico Venezolano", *Revista Derecho del Trabajo*, N°8, diciembre 2009, p.25-27, [ubicado el 20.V.2016]. Obtenido en <http://doctrina.vlex.com/ve/vid/fuero-maternal-ordenamiento-venezolano-403021042>.

13. STC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de noviembre del 2009 [ubicado el 26.IX.2017]. Obtenido en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf.

14. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Paternidade socioafetiva X Paternidade biológica [ubicado el 15.VI.2018]. Obtenido en <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/paternidade-socioafetiva-x-paternidade-biologica/>

15. VARGAS ÁVILA, Rodrigo. "La Valoración de la prueba científica de ADN en el proceso penal", *Prolegómenos- Derechos y Valores*, Volumen N°25, enero-junio 2010, pp.128-130 [ubicado el 25.V.2016]. Obtenido en <http://www.redalyc.org/pdf/876/87617271008.pdf>.

16. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil*, Dykinson, 2016, p. 361 [ubicado el 22.VI.2017]. Obtenido en <https://books.google.com.pe/books?id=qA7ODQAAQBAJ&pg=PA360&lpg=PA360&dq=La+posesi%C3%B3n+de+estado+constituye+una+causa+para+otorgar+la+filiaci%C3%B3n+jur%C3%ADdica&source=bl&ots=QN3Eca3oXW&sig=u9x-DFQTQtcefEupilO2QoNuY6A&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwjXoc372drUAhWCGz4KHbUQA9gQ6AEINjAD#v=onepage&q=La%20posesi%C3%B3n%20de%20estado%20constituye%20una%20causa%20para%20otorgar%20la%20filiaci%C3%B3n%20jur%C3%ADdica&f=false>.

17. ZERMATTEN, Jean. Interés Superior del Niño, del análisis literal al alcance filosófico, 2003 [ubicado el 15.IX 2017]. Obtenido en: http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

1. ABANTO TORRES, Jaime David. "Apuntes sobre el Tercer Pleno Casatorio Civil", en *Actualidad Jurídica N° 211*, Gaceta Jurídica, junio 2011, Lima, pp. 77-81.
2. ALEGRE, Silviana; HERNÁNDEZ, Ximena y ROGER, Camille. El Interés Superior del Niño. *Interpretaciones y experiencias lationamericanas*, marzo 2014.
3. CORRAL TALCIANI, Hernán. "La filiación matrimonial" en *Actualidad Jurídica*, N° 7, 2003, pp.241-262.
4. GANDULFO RAMÍREZ., Eduardo. "Reconocimiento de Paternidad: Tópicos y Cuestiones Civiles", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, núm. 2, 2007, pp.233-234.
5. GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo. "Revisión de la Paradoja de la Regla de Paternidad Marital: un exámen analítico", *Revista de Derecho*, N° 5, julio 2014, pp. 85-118.
6. GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca y PEDRO-VIEJO BERÁSTEGUI, Ana. "El derecho del niño a vivir en familia" en *Miscelánea Comillas*, Vol. 67, núm. 130, 2009, pp. 175-198.
7. LLANCARI ILLANES, Santiago. "El principio del Interés Superior del Niño como principio fundamental en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de los Niños y Adolescentes", *Revista Jurídica "Docentia e Investigatio"*, Vol 12, N° 2, 2010, pp.77-82.
8. LOPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. "Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido" en *Revista Lationamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Vol.3, N°1, junio 2015, pp.51-70.

9. LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. Interés superior de los niños y niñas: Definición y Contenido, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2016, pp.1-17.
10. LORA, Laura. "Discurso jurídico sobre El Interés Superior del Niño". *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*, Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2006, pp. 479-488.
11. RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz May Ling. "¿Yo soy tu padre?: Reflexiones sobre la regulación actual de la paternidad extramatrimonial", *Revista Unife, Persona y Familia N° 07*, 2018, pp. 107-133.
12. SARAIVIA QUISPE, Jose Yvan. "La consolidación del Estado de familia, la identidad estática y dinámica del niño y su integración a su familia biológica como derechos del hijo en el proceso de impugnación de paternidad" en *Revista del Instituto de la familia, Unife, Persona y Familia N° 07-2018*, pp. 189-208
13. SIVERINO BRAVIO, Paula. "Derecho a la identidad y verdad biológica. Una sintética visión desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Dialogo con la Jurisprudencia N° 179*, agosto 2013, pp. 25-36.
14. SOKOLICH ALVA, Maria Isabel. "La aplicación del principio del Interés Superior del Niño por el Sistema Judicial Peruano", *Vox Juris, USMP Facultad de Derecho, Portal de Portales Latindex, Lima, 2013*, pp.1-10.
15. TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo. "*El Interés Superior del Niño, ¿puede modificar los acuerdos contenidos en una conciliación judicial?*", *Actualidad Jurídica*, N°182, setiembre 2009,
16. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "Paternidad socioafectiva: La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto" en *Actualidad Jurídica*, N° 200, 2010, pp. 57-64.
17. WONG ABAD, Juan Jesús. "La paternidad socio-afectiva o la búsqueda del mejor padre en los conflictos sobre filiación. Comentarios a la casación N°

2726-2012. Del Santa”, en *Dialogo con la Jurisprudencia N° 199*, Gaceta Jurídica, pp. 57- 66.