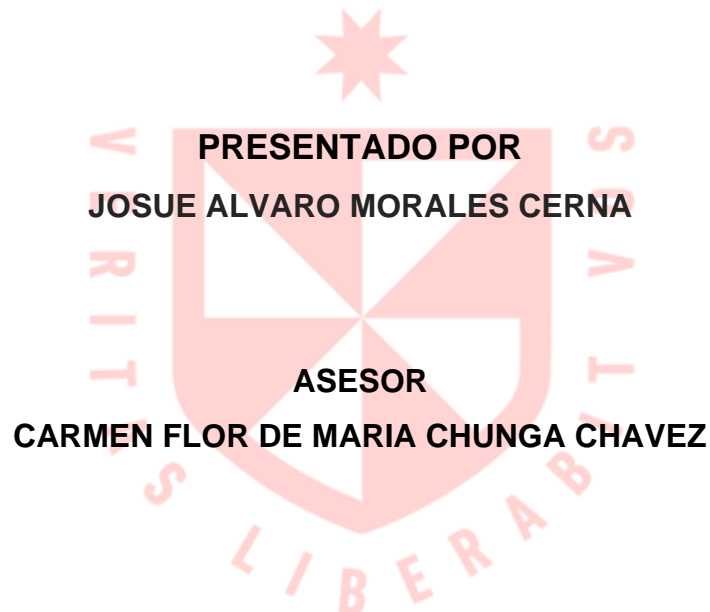




**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

**ANÁLISIS DE LOS VÍNCULOS AFECTIVOS Y BIOLÓGICOS
AL MOMENTO DE ESTABLECER LA IDENTIDAD DE LAS
NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES**



**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO CIVIL**

**LIMA – PERÚ
2022**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



UNIDAD DE POSGRADO

**ANÁLISIS DE LOS VÍNCULOS AFECTIVOS Y BIOLÓGICOS AL
MOMENTO DE ESTABLECER LA IDENTIDAD DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y
ADOLESCENTES**

**TESIS PARA OPTAR
EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO CIVIL**

PRESENTADO POR:

JOSUE ALVARO MORALES CERNA

ASESORA:

MG. CARMEN FLOR DE MARIA CHUNGA CHAVEZ

LIMA, PERÚ

2022

DEDICATORIA

A todas y todos quienes ejercen
una maternidad y paternidad plena

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, por ser siempre un soporte,
y a quienes de uno u otro modo apoyaron
a la realización de este trabajo

ÍNDICE

PORTADA	i
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS.....	iii
ÍNDICE.....	iv
RESUMEN	ix
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN	xi
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	17
1.1 Antecedentes de la investigación.....	17
1.2 Bases teóricas	20
1.2.1 La afectividad	20
1.2.1.1 La afectividad y el ser humano.....	20
1.2.1.2 La afectividad, la familia y el Derecho de Familia	22
1.2.1.3 La afectividad en el régimen de sociedad paterno filial ..	24
1.2.1.4 La afectividad como principio, fundamento o característica esencial del Derecho de Familia	26
1.2.2 Los derechos de las niñas, niños y adolescentes.....	28
1.2.2.1 Generalidades.....	28
1.2.2.2 Derechos de los que se desprende afectividad e inciden en su identidad familiar.....	29
1.2.2.3 Derechos relacionados directamente con su identidad familiar.....	31

1.2.3 Definición de términos básicos	40
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	41
2.1 Diseño de la investigación	41
2.2 Diseño muestral	42
2.3 Variables y definición operacional.....	42
2.4 Técnicas para la recolección de información	43
CAPÍTULO III: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FILIACIÓN.....	44
3.1 La filiación	44
3.1.1 Generalidades	44
3.1.2 Filiación matrimonial y extramatrimonial.....	46
3.2 Evolución de la filiación en el Perú	51
3.2.1 Evolución de la filiación matrimonial y extramatrimonial.....	51
CAPÍTULO IV: EL DERECHO A LA IDENTIDAD.....	58
4.1 La identidad como derecho fundamental	58
4.1.1 Generalidades	58
4.1.2 Vertientes de la identidad como derecho fundamental	61
4.1.3 Clases de identidades personales.....	63
4.1.3.1 Identidad estática	64
4.1.3.2 Identidad dinámica	65
4.2 La identidad como derecho fundamental específico en la niñez y adolescencia.....	67
4.2.1 Derechos fundamentales específicos en la niñez y adolescencia	67

4.2.2	La filiación o vínculo filial como una forma de identidad en la niñez y adolescencia	73
4.3	La identidad en la niñez y adolescencia a partir del vínculo biológico y afectivo	76
4.3.1	Derecho a la identidad genética o biológica	76
4.3.2	Derecho a conocer el origen biológico.....	78
4.3.3	Derecho a la identidad a través de las relaciones familiares	83
4.4	El derecho de opinión en la niñez y adolescencia y su relación con la identidad	85
4.5	El principio del interés superior de la niña, niño y adolescente, y su relación con la identidad y el afecto.....	90
4.5.1	Cuestiones relativas al Reglamento de la ley 30466	91
CAPÍTULO V: LA PATERNIDAD SOCIOAFECTIVA		98
5.1	La afectividad y el Derecho de familia	98
5.1.1	La afectividad en las relaciones familiares	98
5.1.2	La afectividad: Principio o característica en las relaciones jurídicas de carácter familiar.....	103
5.1.3	La afectividad en el vínculo filial	108
5.1.3.1	La afectividad en la filiación biológica	108
5.1.3.2	La afectividad en la filiación socioafectiva.....	113
5.2	La socioafectividad en la legislación comparada	118
5.2.1	Argentina	118
5.2.2	España	121
5.2.3	Chile	122
5.2.4	Uruguay.....	122

5.2.5 Francia.....	123
5.2.6 Brasil.....	124
5.3 Consideraciones sobre la legislación brasileña en materia de Filiación, Patria Potestad y Tenencia.....	124
5.4 Sobre la multiparentalidad	127
5.5 Comentarios al Decreto Legislativo N° 1377	132
5.5.1 Sobre las modificatorias a la filiación y presunción de paternidad:	132
5.6 Reivindicación de la socioafectividad en la legislación interna	138
CAPÍTULO VI: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMPARADA RELATIVA A LAS ACCIONES DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....	142
6.1 De la jurisprudencia nacional y comparada	142
6.2 Algunos apuntes sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas al afecto y derechos de las niñas, niños y adolescentes.....	169
6.3 Balance de la jurisprudencia analizada e interpretación de resultados.....	176
CAPÍTULO VII: DISCUSIÓN.....	181
CONCLUSIONES	185
RECOMENDACIONES.....	187

“GUÍA SOBRE PAUTAS INTERPRETATIVAS PARA PRIORIZAR EL VINCULO AFECTIVO COMO AQUEL QUE MEJOR REFLEJA LA IDENTIDAD DE LAS NINAS, NINOS Y ADOLESCENTES EN PROCESOS DE IMPUGNACION, NEGACION O RECLAMACION DE PATERNIDAD”	187
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	194

RESUMEN

La presente tesis versa sobre el estudio del análisis de los vínculos afectivos y biológicos al momento de determinar la identidad de las niñas, niños y adolescentes, a fin de establecer el que mejor refleja su identidad cuando hay colisión entre los mismos. Para ello, se ha analizado diversos pronunciamientos jurisdiccionales y fiscales sobre la materia, así como doctrina nacional y comparada, con la finalidad de determinar la relevancia del afecto en las relaciones familiares, principalmente de índole filial, y su relación con la identidad de las niñas, niños y adolescentes, vale decir, identidad familiar basada en la paternidad socioafectiva; o si por el contrario, la verdad o evidencia biológica es suficiente en la identidad de dichas personas. En ese sentido, se ha concluido que la afectividad en las relaciones filiales es la que mejor refleja la identidad de las niñas, niños y adolescentes cuando colisiona con la sola evidencia biológica, debiendo priorizarse aquella; asimismo, valorando la opinión de dichas personas, libre de vicios, alienaciones, informada y hasta cierto punto coherente y madura; pero por encima de ello, su mejor interés.

Palabras claves: Afecto, ADN, vínculo filial, paternidad socioafectiva, niñez y adolescencia, opinión y mejor interés.

ABSTRACT

The present thesis is about the study of the analysis of the affective and biological bonds when determining the identity of the children and adolescents, in order to establish the one that best reflects their identity when there is a collision between them. To this end, a number of jurisdictional and fiscal pronouncements have been analyzed on the subject, as well as national and comparative doctrine, with the purpose of determining the relevance of affection in family relations, mainly of a filial nature, and its relation with the identity of the children and adolescents, that is, family identity based on socio-affective parenting; Or if, on the contrary, the truth or biological evidence is sufficient in the identity of such persons. In this sense, it has been concluded that affectivity in filial relationships is the one that best reflects the identity of children and adolescents when it collides with biological evidence alone, and that should be prioritized; also, valuing the opinion of said people, free of vices, alienations, informed and to a certain extent coherent and mature; but on top of that, your best interest.

Keywords: Affection, DNA, filial bond, socioaffective paternity, childhood and adolescence, opinion and best interest.

NOMBRE DEL TRABAJO

ANÁLISIS DE LOS VÍNCULOS AFECTIVOS Y BIOLÓGICOS AL MOMENTO DE ESTABLECER LA IDENTIDAD DE LAS NIÑAS,

AUTOR

JOSUE ALVARO MORALES CERNA

RECUENTO DE PALABRAS

46499 Words

RECUENTO DE CARACTERES

245201 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

201 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

509.5KB

FECHA DE ENTREGA

May 26, 2023 9:43 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

May 26, 2023 9:46 PM GMT-5

● 10% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 8% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 7% Base de datos de trabajos entregados
- 4% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Fuentes excluidas manualmente
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

INTRODUCCIÓN

La identidad de la persona es considerada un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución (Artículo 2, inciso 1) y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos. La misma hace alusión – básicamente – a las diferentes características que hacen individual y diferente a una persona respecto de las otras. Así pues, puede definirse 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”. (Fernández, 2015, p. 116).

Este derecho fundamental tiene particular interés cuando es analizado desde el punto de vista de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; en razón de que expresa la idea de identidad entre padres e hijos. Ello es así, puesto que al nacer un nuevo ser humano, debería tenerse certeza de quién es su padre y madre, vale decir, identificarse “como hija (o) y madre-padre”.

Los primeros tratamientos doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema (y que se han mantenido durante varios años), refieren que la identidad de las niñas, niños y adolescentes está relacionada con la verdad o vínculo biológico existente entre los mismos y sus padres, es decir, al momento en que se tiene certeza del compartimiento de genes una vez realizada la prueba del ácido desoxirribonucleico (en adelante ADN.).

Sobre el particular, uno de los primeros estudios del profesor Plácido (2001), indica que “el estado filial deberá encontrar como referencia, solo a la realidad biológica (...). La filiación que tiene lugar por naturaleza,

presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres” (pp. 274-275).

Con ello se logra superar meras formalidades como el hecho de nacer dentro de un matrimonio (presunción “*pater is*” en la filiación matrimonial) o fuera de este, pero gozando de reconocimiento (una de las pruebas de la filiación extramatrimonial). En ambos casos, si bien nos encontramos bajo el manto protector de la ley, también lo es que no existe una cabal identidad si ello no se corresponde con un vínculo biológico; consecuentemente, en aras de priorizar este último, debe abandonarse meras fachadas, cortinas o “seudo identidades”.

Al respecto, debe considerarse que si bien la prueba de ADN resulta relevante para desentrañar la “identidad” de las personas conforme al compartimiento de los mismos genes, y de esta forma desterrar formalidades como meras presunciones, actos jurídicos, o incluso sentencias, que corroboran quién es el supuesto padre; también lo es que cabe preguntarnos si en todos los casos resulta lo ideal.

En efecto, en nuestra sociedad (y en las más variadas a nivel mundial) existen casos en los cuales no se desprende vínculo biológico alguno entre las niñas, niños y adolescentes para con sus presuntos padres; ello debido a diferentes circunstancias (reconocimientos indebidos, o voluntarios con consciencia de no compartir genes, o por no corresponder a la presunción relativa que se genera del matrimonio, etc.); sin embargo, existe una relación estructurada por el afecto entre sus miembros, esto es, una relación basada en características propias de una relación parental, de

padres a hijos, de tratarse ambos como si lo fuesen, conociendo o no la realidad biológica.

Pese a lo señalado en el párrafo precedente, cierta doctrina y jurisprudencia – sobre todo las de primeros estudios o las que han tratado el tema no de manera específica sino genérica o contenida en un asunto mayor - consideran que la identidad de una niña, niño y adolescente está basada en la evidencia biológica, y como tal, inferimos que situaciones como las anteriormente planteadas, quedarían fuera de dicho ámbito.

Véase por ejemplo, Plácido (2006) al indicar que:

La noción constitucional de familia no alude pues, esencialmente, a una simple unidad de convivencia más o menos estable, por muy basada en el afecto o el compromiso de mutua ayuda que pueda estarlo (...). Todo intento de ensanchar lo familiar a vínculos no relacionados con la generación y las obligaciones que de ella intrínsecamente derivan (...) debe considerarse inconstitucional (...). (pp. 182-183)

No obstante, cabe preguntarnos ¿qué sucede con ese niño, niña y adolescente que ya se ha forjado una identidad con su “supuesto padre”? ¿No es relevante el hecho que se haya forjado una relación de afecto entre los mismos con el pasar de los años? ¿Dónde queda la opinión del niño, niña y adolescente, así como sus derechos específicos reconocidos a nivel internacional e interno? Teniendo en cuenta ciertas jurisprudencias y doctrinas, se privilegiaría a aquella persona que demuestra contar con un vínculo biológico por encima de meros afectos, lo que posiblemente les

causaría agravio por no corresponder con su verdadera identidad; y que en todo caso, es materia de la presente investigación.

Teniendo en cuenta lo antes expresado, la presente investigación pretende Identificar, a partir de un análisis dogmático y jurisprudencial, qué vínculo resulta más relevante (afectivo o biológico) al momento de determinar la identidad de las niñas, niños y adolescentes, cuando aquellos vínculos colisionan entre sí; y a su vez, determinar la importancia del vínculo afectivo o posesión constante de estado, así como el compartimiento de genes al momento de establecer dicha identidad; tomando en consideración, asimismo, los derechos de las niñas, niños y adolescentes, como su opinión y mejor interés.

Así pues, la presente investigación conlleva una relevancia social, puesto que contribuye a la solución de casos prácticos en los que se decida sobre la identidad de las niñas, niños y adolescentes, vale decir, investigar los alcances o real dimensión de protección de este derecho fundamental; y para ello, se recurre a la técnica de lectura analítica de documentos escritos, así como el análisis dogmático relacionado al tema materia de investigación, atendiendo al enfoque cualitativo y diseño no experimental de la presente investigación.

Atendiendo a todo lo antes expuesto, el primer capítulo trata sobre el Marco Teórico, vale decir, respecto a las bases teóricas que servirán de pautas a nuestro trabajo de investigación.

El segundo capítulo corresponde a la metodología empleada, la cual es analítica de normas, jurisprudencia y doctrina, tanto nacional como comparada.

Seguidamente, el tercer capítulo versa sobre los antecedentes históricos de la filiación. Ello es relevante si se tiene en cuenta que la presente investigación analiza los vínculos afectivos y biológicos en la niñez y adolescencia para determinar la mejor identidad, esto es, crear lazos parentales, lo que en buena cuenta, implica crear un vínculo filial, un estado de familia basado en la filiación; consecuentemente, resulta ilustrativo tener conocimiento sobre la evolución de la filiación, tanto matrimonial como extramatrimonial; y a su vez, a nivel internacional como nacional; por ende, dicha evolución emerge desde los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y a nivel local, por la diferentes constituciones y codificación civil.

El cuarto capítulo versa sobre el derecho a la identidad, haciéndose hincapié en los alcances de dicho derecho en la niñez y adolescencia; por tanto, se estudia las variantes o tipos del referido derecho, como la estática y dinámica; y sobre esta última, la importancia que tiene en las relaciones familiares.

El quinto capítulo hace alusión directamente al estudio de la paternidad socioafectiva, resaltando la importancia del afecto en las relaciones familiares, y sobre todo, las de índole paterno filial; para luego, relacionar este tipo de paternidad con la identidad.

En el sexto capítulo, se realiza el estudio y análisis de la jurisprudencia nacional y comparada relacionado al tema de investigación. Dicho análisis se realiza conforme a las bases teóricas y resultados dogmáticos hallados.

En el sétimo capítulo, se desarrolla la discusión e interpretación de resultados, la cual se aborda de manera suscita; para luego, enumerar las conclusiones del estudio, precisar las recomendaciones, la cual incluye una propuesta de Guía de pautas interpretativas; y finalmente, la elaboración de las fuentes bibliográficas.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la investigación

El presente tema y problema a investigar cuenta con antecedentes en la bibliografía jurídica, más que todo comparada; sin embargo, a nivel nacional ciertos autores se han pronunciado sobre ello.

Así pues, Varsi (2020) sostiene que la socioafectividad:

Es sinónimo de convivencia familiar en el que se valoran las relaciones de entrega y comportamiento de cada uno de los sujetos del derecho sin considerar en lo más mínimo el origen. Más allá de los genes, lo que interesa al Derecho es la relación de estado generada entre personas. Implica la preexistencia de un grupo familiar (socio) en el que se crea relaciones sentimentales (afectividad). La paternidad socioafectiva es la regla en tanto que la biológica o la no biológica son el complemento que podrán ser determinadas a falta de la primera, no pudiendo nunca ser enfrentadas. Sustentada en una posesión de estado, esta paternidad se basa en el afecto y no puede ser contradicha en

mérito de la verdad real que la sostiene, reafirmando el principio de inmodificabilidad del estado de filiación. (p. 726).

Por su parte, Juan Carlos Huamancayo Pierrend (2009) concluye que:

No es posible establecer en forma general si ha de preferirse en todos los casos el aspecto del derecho a la identidad, que estaría formado por los vínculos que mantiene todo sujeto con las personas que considera parte de su entorno o el derecho a la verdad biológica de su filiación; sino que ello se determinará en atención a las características particulares del sujeto. (p. 144).

Al respecto el maestro Fernández (2009):

(...) establece un concepto de la identidad de la persona y señala que puede describirse la identidad como el conjunto de atributos y características, tanto estáticas como dinámicas, que individualizan a la persona en sociedad. Se trata de todos aquellos rasgos que hacen posible que cada uno sea uno mismo y no otro. Este plexo de atributos y características que se proyectan hacia el mundo exterior, permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en lo que ella es en cuanto ser humano único e irrepetible. Por consiguiente, ambas, la estática y la dinámica como unidad totalitaria, perfilan la identidad de la persona. En síntesis, se puede decir que la identidad es el bagaje de características y atributos que definen la verdad personal en que consiste cada persona". (pp. 138-141).

Asimismo, el tesista Torreblanca (2018), en su tesis “Hacia una solución proporcional y tuitiva en los procesos de cuestionamiento de la paternidad del Perú”, mediante un análisis doctrinal y jurisprudencial, arribó como conclusión, entre otras, que no existe conflicto entre la identidad por vínculo biológico y la afectiva, dado que forman parte de un mismo derecho, como lo es la identidad; por lo que, no puede aplicar un test de proporcionalidad, y más bien, debe resolverse conforme a lo más favorable a las niñas, niños y adolescentes; dejando abierta la posibilidad que se aplique dicho test respecto a los derechos fundamentales de terceras personas como los padres. Así también concluye, basándose en el ordenamiento legal interno e internacional, que antes de emitir pronunciamiento judicial, el juez debe tomar en consideración la opinión y sentimientos de dichas personas, dado que de no hacerlo, aun se estaría considerándolos como objetos de derecho. Finalmente concluye que, debe evaluarse el estado de familia en el cuestionamiento de la paternidad; consecuentemente, de existir ello, el juzgador debe evaluar si conocer la verdad biológica podría serle contraproducente para su desarrollo integral; y por ende, adoptar medidas para menguar tales efectos.

Cabe resaltar que a nivel jurisprudencial, tomamos como antecedente, el pronunciamiento de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, la cual determinó que “no es posible impugnar la paternidad fuera del plazo de noventa días que dispone el artículo 400 del Código Civil”, refiriendo asimismo que, “la parte había asumido su paternidad antes de conocer la verdad genética”, de lo contrario se vulneraría la “identidad

dinámica de un menor de 17 años” (Casación 3797-2012 Arequipa. Lima, 18 de junio de 2013).

Finalmente se concluye que, los autores e incluso la jurisprudencia antes citada, hacen alusión a la paternidad socioafectiva, a las vivencias o lazos familiares creados entre “padres e hijos”, así como a la identidad dinámica que la engloba; sin embargo, no se ha profundizado el papel que juega la afectividad en el Derecho de Familia, específicamente en el régimen de la sociedad paterno filial ni lo determinante que puede ser el afecto en la identidad; puesto que al parecer dicha característica influye en las relaciones filiales, incluso bien podría ser considerado un principio. Asimismo, no se detalla del todo sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes, tales como su opinión y mejor interés, los cuales de por sí, podría ser suficientes para concluir cuándo o no existe identidad en las relaciones filiales; lo cual se pretende dilucidar en la presente investigación.

1.2 Bases teóricas

1.2.1 La afectividad

1.2.1.1 La afectividad y el ser humano

Cuando uno escucha o lee sobre el término “afectividad”, es usual que lo primero que se le venga a la mente son los estados de sentimientos o susceptibilidades que expresa el ser humano con sus semejantes, y que estos normalmente se materializan con caricias o acciones destinadas a sentirse bien entre ambos.

Al mencionar que la afectividad es expresada por el ser humano para con sus semejantes, se colige que ello se materializa en las relaciones interpersonales entre los mismos, pero sobre todo, en aquellas que por su

naturaleza surgen espontáneamente: nos referimos a las relaciones familiares.

La afectividad del ser humano es innata a este, no discrimina sexo ni género, somos una especie que tiene derecho a dar y recibir amor; y por ende, no importa si se es hombre o mujer.

Sobre el particular, Riso (2013) ha referido que:

El varón (...) en tanto persona posee la capacidad innata de intercambiar afecto. El amor es la red sutil en la que se asienta la convivencia, y el lugar donde prospera lo esencialmente humano (...). La especie humana es increíblemente sensible a la vivencia amorosa (...). El ser humano es facilitador natural de afecto y un promotor innato del intercambio emocional (...). Ejercer el derecho al amor es resolver el dilema emocional interior a favor de la ternura, sin eliminar la ira saludable que, por derecho propio, nos pertenece; es acercarse a lo femenino de manera constructiva y sin oposiciones desgastantes; es permitirnos el derecho a la intimidad que genera la paternidad maternal con nuestros hijos, sean mujeres o varones; es dejar de rivalizar y competir ridículamente con otros hombres y fomentar en forma abierta la amistad intermasculina. (pp. 125-126)

Así pues, retomando la afectividad en las relaciones familiares, es innegable concluir que el afecto forma parte de las relaciones jurídicas de índole familiar, tales como el matrimonio, concubinato o filiación; lo cual se explicará a continuación.

1.2.1.2 La afectividad, la familia y el Derecho de Familia

Sobre el modelo de familia, Jaramillo (2008) ha referido que “el ideal de familia nuclear que se consolidó en el siglo XX enfatizó (...) que la familia debía ser el lugar principal para el despliegue de la afectividad y la satisfacción de necesidades de este tipo (...)” (pp. 267-268).

Por su parte, Roca (1999) ha mencionado que:

El actual derecho de familia, englobado en el sistema constitucional, debe ser concebido como un medio para la protección de los derechos fundamentales de los individuos que forman parte del grupo familiar. El derecho de familia no es nada en sí mismo si no tiene como finalidad básica y esencial procurar la efectividad de los derechos fundamentales (...). (p. 150)

Una característica de la concepción tradicional de familia es “la importancia de la reproducción biológica, mientras que en la concepción crítica es la importancia de los lazos de solidaridad, afectividad, proyectos comunes, etcétera”. (Fernández, 2013, p. 21).

La idea de afectividad en la familia ha estado enraizada desde sus inicios como lo ha referido la citada autora, e incluso hasta la actualidad tiene bastante repercusión. Piénsese en la “familia ensamblada”, que no es otra cosa que la unión de personas que provienen de relaciones familiares previas, extintas por divorcio, separación o viudez. Es un ejemplo claro de afectividad ¿qué más los motivó a que nuevamente formen familia?

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el caso Shols Pérez (2007), ha mencionado que:

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales (...). Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas (...). Queda establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar (...). No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar (...). La relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín. (Sala Primera, Exp. N° 09332-2006-PA/TC, Lima, 30 de noviembre de 2007).

Sobre el derecho a la vida en familia, Plácido (2006) ha indicado que:

La familia se enraiza en el hecho capital de la generación humana y en la necesidad de atención personal que requiere todo nuevo ser humano hasta llegar a ser adulto, no es difícil situar precisamente ahí la clave de su carácter tanto natural como fundamental que tiene para el hombre y el conjunto de la sociedad. A esto se refiere el derecho a la vida en familia; esto es, a mantener y desarrollar las relaciones familiares. (p. 203)

1.2.1.3 La afectividad en el régimen de sociedad paterno filial

Como se ha señalado, la afectividad está presente en el ser humano por el simple hecho de serlo; empero, este se expresa de mejor forma cuando nos interrelacionamos con nuestros familiares, es decir, en las relaciones familiares; y qué mejor materialización que con la relación paterno filial.

Al respecto, el artículo 6° de la Constitución señala que “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”; mientras que el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño refiere que “(...) el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

En efecto, ambas normas de rango constitucional hacen alusión a la afectividad que existe en una relación filial, lo cual se desprende desde el momento en que la propia constitución hace referencia a la seguridad que debe ser otorgado por los padres a sus hijos; lo cual implica dar protección, estabilidad en todo tipo de aspecto como el afectivo. Asimismo, está de más mencionar lo claro que deja establecido el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la afectividad, al resaltar la importancia del ambiente de felicidad, amor y comprensión para el desarrollo armonioso de la personalidad del niño.

Por su parte, Varsi (2020), citando a Lobo y Leite de Campos, señala que:

La filiación es una construcción cultural, resultante de la convivencia familiar y de la afectividad (...), incluido el origen

biológico que antes tenía la exclusividad (...). El nuevo orden filiatorio, centrado en el garantismo constitucional y los valores fundantes de la República (dignidad, igualdad, libertad y solidaridad social) implica funcionalizar la filiación a la realización plena de las personas envueltas (padres e hijos) (...). La filiación origina la facultad de toda persona de ser reconocida de realizarse como humano; de conseguir su felicidad. Para que sea vivenciada, la experiencia de la filiación no necesita de generación biológica del hijo; para que se efectivice la relación filiatoria no es preciso haber transmitido la carga genética pues su elemento esencial está en la vivencia, el crecimiento cotidiano, esa mencionada búsqueda por la realización y desenvolvimiento personal (aquello que se llama, comúnmente, felicidad). (pp. 93-94).

Es claro que para el citado autor, la filiación además de ser un vínculo jurídico, es y sobre todo, un vínculo social afectivo, correspondiente a valores culturales; consecuentemente, es que se hace alusión a un vínculo “socioafectivo” (conformado por lo social más lo afectivo).

Este “nuevo” paradigma hace que repensemos la institución de la filiación como un vínculo jurídico que puede estar conformado tanto “por progenitores e hijos” como “padres e hijos”, es decir, independientemente del compartimiento de genes; y por el contrario, siempre con la presencia del afecto.

Dicha institución social resalta aun más en un tipo de filiación conocida como la filiación legal o por adopción. Qué mayor ejemplo que aquel por el cual se crea un vínculo o relación familiar (filiatoria) en base a la

voluntad de los requirientes (los adoptantes); es justamente el afecto, el amor por generar o fundar familia, lo que impulsa a las personas a adoptar.

1.2.1.4 La afectividad como principio, fundamento o característica esencial del Derecho de Familia

Para Vega (2019) la familia es:

Un medio de realización de las personas, un ambiente de solidaridad, de afectos, uno de los varios escenarios de concreción de los concurrentes proyectos de vida que todos construimos a lo largo de nuestros años (...), es un ambiente de recogimiento, de experiencias domésticas que deliberadamente se esconde de la mirada de los demás. (p. 33)

Por su parte, Varsi (2020), respecto a las entidades familiares, refiere que:

No puede estar sujeta a un *numerus clausus* que establezca qué es y qué no es familia. Su nacimiento y conformación es espontáneo, siendo la naturalidad la razón de ser de los intereses personales de cada uno de sus integrantes quienes diseñan, de acuerdo a sus propios anhelos, su estructura familiar (...). La familia no es una sola, es variada y cambiante (...). La entidad familiar, también llamada comunidad familiar o estructura familiar, es aquella unión estable y ostensible de personas en la que se conjugan intereses afectivos y emotivos siendo su objetivo constituir una familia. Puede representarse de una forma tradicional en una unión estable (matrimonio, convivencia), a través de una forma simple (comunidad formada por padres e hijos) o a través de una forma

compleja (familias paralelas, ensambladas) (...). Es un elemento esencial (...). Existe una nueva concepción de familia, formada por lazos de afecto, deseo, amor, cariño (ningún término tratado en el Código Civil) (...). (pp. 79-83).

La familia es una institución natural de la sociedad que por ser inherente en el ser humano, está predispuesta al cambio, a la evolución de acuerdo a parámetros socioculturales; sin embargo, debe reunir características esenciales en su conformación, puesto que no toda conglomeración de personas, va a ser considerada familia; es ahí el mérito de cierta doctrina – como la antes referida – al mencionar los rasgos o características que se desprenden de dicha institución jurídico social.

En efecto, la familia para ser considerada como tal, debe tratarse de un conjunto de personas unidas por vínculos relevantes para la sociedad (de ahí que esos vínculos estrechos, deban ser de naturaleza familiar).

Así pues, esta comunidad de personas (convivencia/pluralidad) persigue un objetivo en común – como lo es la realización de ciertas metas en beneficios de sus propios integrantes (comunidad de vida) – valiéndose para ello, de la ayuda o auxilio mutuo (deber asistencial/solidaridad).

A estas características o elementos fundamentales de la familia, debe añadirse una propia de su naturaleza o esencia, que debe ser una guía o principio al momento de considerarla como tal: nos referimos a la afectividad. Dicho elemento forma parte de todas las entidades familiares, a tal punto que hoy en día está por encima de meros formalismos, e inclusive podría ser considerada una “cláusula” bajo apercibimiento de no considerarse a la familia como tal en ausencia de ella. Piénsese pues, que para la

conformación de toda estructura familiar, y sobre todo para mantener o considerarla como tal, debe estar presente la afectividad, lo cual se desprende de instrumentos tanto nacionales como internacionales.

Basta con precisar, que la familia desde hace mucho se ha desvinculado de la institución matrimonial, por ejemplo cuando en el artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que “se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia” (derecho a fundar una familia), esto es, la familia no es sinónimo de matrimonio, no se alcanza con esta; sino que, trasciende a la misma, y por ende, puede haber diversas formas de constituir la, como el caso de la unión de hecho, de las familias monoparentales, ensambladas, en la que se observa que un elemento esencial de dichas familias, es justamente la afectividad – y no meros formalismos - y más aun se observa en el ahora reconocimiento de la familia “homoafectiva” o en la “paternidad socioafectiva”.

Siendo ello así, indudablemente, la afectividad conforma las estructuras familiares, es un elemento o característica principal de la misma, e incluso hasta podría ser considerada un principio del derecho familiar - y hasta general – desde el momento en que dicha característica tiene como funciones: la de interpretar o integrar normas familiares, presupuestos que la doctrina ha considerado necesarias en todo principio.

1.2.2 Los derechos de las niñas, niños y adolescentes

1.2.2.1 Generalidades

Las niñas, niños y adolescentes son seres humanos (sujetos de derecho) que por su singularidad frente al resto de la sociedad, merecen un

tratamiento especial, acorde con su situación, esto es que, debido a su condición de ser humano en desarrollo de su personalidad, condiciones físicas y psicológicas; y por ende, mucho más vulnerables en todo tipo de sentido, en relación a los adultos; justifica la idea de que sean titulares de derechos fundamentales específicos con cuidados especiales, más aun si se trata de niñas, niños y adolescentes en situaciones vulnerables palpables.

Así pues, la primera parte del artículo 4° de la Constitución Política del Perú (1993) señala que “la niñez y adolescencia en situación de abandono merece una protección especial; mientras que el artículo II del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes indica que “el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y protección específica (...)”.

Sobre la base de los derechos específicos de dichas personas, debe considerarse los relativos a la afectividad e identidad para efectos de la presente investigación.

1.2.2.2 Derechos de los que se desprende afectividad e inciden en su identidad familiar

Sobre este punto, es preciso tener en cuenta lo que ha referido el Tribunal Constitucional respecto al derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material – derecho que a nuestra consideración, está relacionado con la afectividad como derecho específico de dichas personas:

Se encuentra reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita de amor y comprensión. Siempre

que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material (...). La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como satisfacer sus derechos” (Sala segunda, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC. Lima, 07 de octubre de 2009).

Cabe resaltar que este Derecho no solo lo encontramos en la referida Declaración, sino también en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en similar referencia, cuando indica que “reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

Sobre el particular, es preciso tener en cuenta lo relevante que es el ambiente de afecto en el que debe crecer la niña, niño o adolescente, puesto que influenciará en la personalidad de los mismos. Ello hay que resaltar, en razón que la personalidad de dichas personas está en pleno desarrollo, aun forjándose, lo cual indudablemente estará mejor estructurado si se creció en un ambiente de amor, comprensión y seguridad moral.

Debe también destacarse que tal es la relevancia de la afectividad como derecho específico de dichas personas, que se prioriza o destaca el afecto en el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador” (1988), en su artículo 15.3.d, se indica que:

Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

Si bien es cierto, se hace alusión a programas, también lo es que en estricto, se busca formar un ambiente familiar estable donde primen valores tales como la solidaridad y comprensión; todo lo cual, se deriva del afecto entre sus miembros.

1.2.2.3 Derechos relacionados directamente con su identidad familiar

Sobre este aspecto, existen diversos derechos de las niñas, niños y adolescentes, que tratan sobre la identidad de ellos, o en todo caso, inciden, están relacionados o repercuten en la identidad de los mismos; todos los cuales, reflejan la identidad familiar, dinámica o subjetiva de dichas personas.

Así pues, en primer término debe considerarse el interés superior de la niña, niño o adolescente, como principio-derecho de los mismos, y que vincula a los Estados partes a garantizar y priorizar sus derechos por encima de otros, al entrar en conflicto; o simplemente a buscar el mejor interés de dichas personas, en los ámbitos administrativos y judiciales; para lo cual, recae la responsabilidad en la Comunidad y Estado.

La Convención sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes (1989), en su artículo 3º, incisos 1 y 2, establece que:

1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño. 2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y, con ese fin, tomarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

En efecto, como puede observarse, el interés superior del niño es una directriz o principio que, por efecto de la Convención, obliga a los Estados partes, a través de sus órganos administrativos y jurisdiccionales, a considerar como primordial el interés superior de la niña, niño y adolescente, esto es, de considerar lo más favorable a ellos en asuntos que los comprometan. Dicha garantía, no solo vincula al Estado, sino también a la comunidad y a la propia familia.

Dicho ello, determinar lo más favorable a las niñas, niños y adolescentes., implica salvaguardar sus derechos en todo tipo de ámbito: familiar, civil, tutelar, penal, etc; y a partir de ahí, verificar lo más beneficioso a las referidas personas. Entonces, lo relevante al final, es que garantizando o priorizando sus derechos, se asegura un óptimo desarrollo de su personalidad.

Sobre el particular, Plácido (2015), ha referido que:

(...) el principio del interés superior del niño exige armonizar completamente la legislación vigente con las disposiciones de la

Convención a fin de ser adecuadamente incorporado en el derecho interno, de manera que pueda ser invocado ante los tribunales. En aplicación de ello, se llegará a modificar sustancialmente diversos aspectos del acontecer jurídico, tomando en consideración el indicado principio rector; así como, permitirá la interpretación de las normas del derecho positivo interno, otorgándoles en muchas ocasiones una nueva y vivificada perspectiva y, en otras, considerándolas inaplicables. (p. 129-130)

Así también, D' Antonio (2001), indica que “el interés superior del niño representará la valoración prevaleciente en la especie a decidir, con alcances particulares” (p. 47).

Teniendo en cuenta lo antes esgrimido, es claro que este principio coadyuva a una mejor labor interpretativa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y sobre todo al momento de decidir en un caso en concreto. Lo más favorable hacia ellos, en armonía o comprensión con sus derechos tratados en la Convención y en la legislación interna, será la prioridad o guía a seguir.

Resulta evidente, entonces, que ante casos donde esté en juego el afecto como identidad familiar en contrapartida con los vínculos genéticos, sobre las niñas, niños y adolescentes, una consideración a tratar, será el análisis de cada “ente familiar”, y ponderar, la que brinda un interés superior.

Por otro lado, el artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), regula el derecho al nombre y nacionalidad, estableciendo en su inciso 1 que:

1. El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde este 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.

La norma recogida en el artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, indica un asunto bastante interesante; y es que las niñas, niños y adolescentes desde su nacimiento, tienen derecho a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, pero en la medida de lo posible. Así es, dicho derecho no es absoluto, el conocimiento de quiénes son los padres, y sobre todo, a ser cuidado por los mismos, es relativo, depende de una serie de factores.

En efecto, existen diversas circunstancias por las cuales, se puede o no conocer a los padres que nos engendraron o concibieron, así como a ser cuidados por ellos; dado que hay casos en los que nunca se tuvo conocimiento de los mismos (expósitos), o porque si bien existe conocimiento, el cuidado es delegado a una tercera persona o institución, ya sea por pronunciamiento administrativo o judicial, o por un acto de voluntad.

Entonces pues, las causas o factores, pueden ser de las más variadas, tanto por agentes externos como internos. Piénsese en un factor interno, intrafamiliar, por la que, debido a una dinámica disfuncional, el cuidado de las niñas, niños y adolescentes, sea intolerable o insostenible, por atentar contra la integridad física y psíquica de los mismos, lo que genera que su cuidado sea atendible por un hogar transitorio (asignación familiar), una guarda (de hecho), o simplemente por la institución tutelar de la adopción.

En todos los casos, el cuidado de los padres, progenitores si se les quiere llamar, para con sus hijos, es relativa, y en la medida que es posible, será así. A su vez, el conocimiento de los padres, por identidad biológica, es más amplio, en el sentido de permitir la búsqueda de dicha identidad por parte del interesado, así goce de un estado filial socioafectivo (conforme anteriormente se ha indicado). No hay incompatibilidad entre el vínculo filial por afectividad y el conocimiento al origen biológico. La investigación de la paternidad, en esos casos, se mantiene.

Sobre el cuidado de los hijos por ambos padres, también debe entenderse como la responsabilidad compartida o conjunta en la crianza de los mismos.

Al respecto, Plácido (2015) refiere que:

El derecho del niño a ser cuidado por sus padres rige la idea de que el ejercicio compartido de las responsabilidades parentales por el padre y la madre, atiende mejor al interés de los hijos menores, lo que constituye el reconocimiento de la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que aquellas importan; con prescindencia del origen de la filiación (...). La excepción será la actuación separada para los casos en que se restrinja el ejercicio, ya sea por lesionarse el interés protegido o presentarse circunstancias que de hecho imposibilitan su realización. (p. 256)

Asimismo, también debe tenerse en cuenta el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que regula la preservación de la identidad, al regular que:

1. 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. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiados con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Es pertinente indicar como la citada Convención hace alusión a tres derechos o elementos que están incluidos en la identidad de las niñas, niños y adolescentes: la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

Sobre el particular, Plácido (2015) ha referido que:

La identidad en las relaciones familiares reconoce un principio importante: la identidad de un niño no consiste únicamente en saber quiénes son sus padres. Conocer a sus hermanos, abuelos y otros parientes puede ser tan importante, o incluso más, para el sentido de identidad; todo lo cual surge de la crianza, del afecto (...). Por lo tanto, es posible preservar el interés superior del niño y su sentido de identidad sin tener que negarle el conocimiento de sus orígenes, por causas como la colocación en hogares de guarda, la adopción secreta o la donación anónima de óvulos o esperma, etc. (p. 258)

Por su parte, Chunga Lamonja, Chunga Chávez y Chunga Chávez (2012), ha indicado sobre este derecho que:

La identidad es la conciencia de respeto que una persona tiene por sí misma y que la convierte en alguien distinta de los demás. Para

otros, es el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una comunidad. La identidad incluye los conceptos de patria, nombre, nacionalidad, creencias, etc. (p. 396).

Ha quedado establecido que uno de los rasgos o elementos de la identidad en la niñez y adolescencia, son las relaciones familiares. El mantener contacto o conocer nuestros orígenes parentales es otra forma de identificación; la identificación familiar, con un grupo, miembro o ente del que nos consideramos parte. Consecuentemente, no engloba solo a nuestros padres o progenitores, sino a todo el cúmulo de personas de las que estamos emparentados, o existe entroncamiento familiar, ya sea en cualquiera de las líneas o grados que franquea la ley.

Dicha identidad familiar o por relaciones familiares encuentra sustento, a nuestro juicio, por la relevancia que conlleva en la niñez y adolescencia, puesto que la pertenencia a una familia, se forja por el mantenimiento de las relaciones familiares, tanto a nivel nuclear, como extendida, o incluso compuesta. Los rasgos distintivos que se van forjando en dicha etapa, provienen principalmente de la pertenencia a una familia nuclear; sin embargo, esta se puede extender a otros parientes, por ser parte de la familia.

En ese sentido, la esencia de las relaciones familiares como un elemento de la identidad, es el afecto, solidaridad, convivencia, y desarrollo de la personalidad, que se va desarrollando entre sus miembros; de ahí que consideremos que, la paternidad socioafectiva es un ejemplo de identidad en las relaciones familiares, puesto que es una relación familiar, basada en el

afecto, distinto al vínculo biológico, pero que aun así, mantiene su estatus de relación o vínculo familiar; y por lo tanto, forma parte de la identidad familiar.

Es pertinente, en ese sentido, acotar lo señalado por Plácido (2015), al mencionar que:

La identidad de un niño no es solo una cuestión de filiación y origen cultural. Mientras crece, el niño va asimilando la identidad de la familia y de la cultura en la que vive, hasta tal punto que sacarle de ellas supondría una segunda privación de identidad, inaceptable desde el punto de vista de su interés superior. (p. 259).

De igual forma con los artículos 9 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se desprenden derechos que de una u otra forma inciden, indirectamente, en la identidad de las niñas, niños y adolescentes por afectividad.

El artículo 9 de la citada Convención, hace alusión al derecho en la niñez y adolescencia, a no estar separado de sus padres; empero, hace la atinencia que por razones excepcionales y necesarias, podrá ocurrir dichos casos; por ejemplo, cuando hay maltrato o descuido por parte de sus padres; o incluso, cuando ambos padres no convivan, y debe determinarse el domicilio de aquellos. En el caso de la permisión del alejamiento de las niñas, niños y adolescentes de sus padres por razones de maltrato; ello obedece a preservar la integridad física y psíquica de los mismos; y por consiguiente, en el caso de maltrato por uno de los padres, a que la tenencia sea unilateral; sin embargo, en caso de ambos, a desarraigarlos de ese núcleo familiar dañino; y por ende, se infiere la preferencia en un hogar de

guarda o por asignación familiar, o también, por adopción; lo que refleja, en buena cuenta, la supremacía del afecto.

Del mismo modo, respecto a la opinión que pueden expresar las niñas, niños y adolescentes, dado que conforme a su edad o madurez, serán escuchadas o tomadas en cuenta.

Es de vital importancia lo indicado en el párrafo precedente, puesto que la opinión que expresa una niña, niño o adolescente será escuchada o tomada en consideración, en todo ámbito, ya sea administrativo o judicial, con el requisito que les atañe, que de una u otra forma, esté en juego o tenga relación con sus derechos.

Dicho ello, en procesos en los que se discuta su identidad o pertenencia a una familia nuclear, específicamente, su identidad para con un determinado padre, es claro que la afectividad es fundamental para vincularlo a una relación filial; sin embargo, también debe considerarse su opinión, esto es, la expresión o manifestación de voluntad que expresen en tales casos, dado que quién mejor que ellos para distinguir la pertenencia a una determinada familia, o vínculo filial. No obstante, debe recalcar la preponderancia de la edad y madurez, así como el desarrollo psíquico, sin injerencias alienantes, en dichas personas; puesto que por encima incluso de sus propias opiniones, está el principio de mejor favorecimiento, necesidad o interés de ellos; por lo que, no necesariamente su libertad de opinión vincula a quien tenga que decidir sobre sus derechos; recuérdese que incluso en procesos como los de tenencia, la opinión es referencial; y al fin y al cabo, se decide en base a lo más conveniente para ellos.

1.2.3 Definición de términos básicos

- 1) **Afectividad:** La afectividad implica la susceptibilidad que ejerce el ser humano ante determinados acontecimientos de su vida; por lo que, ello se expresa en las relaciones interpersonales, y lógicamente con mayor razón, en las de naturaleza familiar.
- 2) **Identidad:** Derecho fundamental de las personas que implica todas aquellas características que la distinguen y hacen única respecto a otras.
- 3) **Derechos específicos:** Aquellos derechos que específicamente pertenecen a un grupo determinado de personas por sus características particulares, como en el caso de las niñas, niños y adolescentes.
- 4) **Niña (o):** Aquel ser humano sujeto de derecho menor de 18 años.
- 5) **Principio:** Es una aspiración, una guía, un indicador, un orientador central de un sistema, es un axioma que plasma una determinada valoración de justicia.
- 6) **ADN:** Ácido desoxirribonucleico, elemento biológico por el que se determinan o compara genes.
- 7) **Vínculo biológico:** Relación biológica entre dos personas por compartir mismos genes.
- 8) **Filiación:** Relación familiar social y jurídica entre padres e hijos.
- 9) **Progenitor:** Aquella persona que procrea o aporta material genético.
- 10) **Familia:** Conformado por personas unidas por ciertos vínculos trascendentes.

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.1 Diseño de la investigación

El diseño del presente trabajo de investigación corresponde al no experimental, puesto que no existe manipulación en alguna de las variables del tema; básicamente se analiza hechos de la realidad.

Asimismo, teniendo en cuenta la naturaleza del tema de investigación, nuestro diseño de investigación no experimental es uno de tipo transaccional correlacional, puesto que estos permiten “al investigador analizar y estudiar la relación de hechos y fenómenos de la realidad (variables), para conocer su nivel de influencia o ausencia de ellas, buscan determinar el grado de relación entre las variables que se estudia”. (Carrasco, 2013, p. 73)

Siendo ello así, y considerando nuestro tema de investigación en concreto, se analiza el grado de influencia de la afectividad y el vínculo biológico, a la hora de determinar la identidad de los mismos; por lo que, evidentemente existe un grado de relación de influencia entre las variables independientes con la dependiente.

2.2 Diseño muestral

Población: Respecto a pronunciamientos judiciales y fiscales, llámese expedientes o carpetas, se ha tomado como base, diferentes expedientes nacionales emitidos, principalmente, por la Corte Suprema de Justicia de República, a nivel de la Sala Civil Permanente y Transitoria, y Constitucional y Social, en relación a la pretensión de impugnación de paternidad extramatrimonial o similares; en un total de 18 expedientes, y 6 carpetas fiscales. Asimismo, en relación a pronunciamientos comparados, principalmente a nivel de jurisprudencia brasileña, pero haciendo un total de 9 expedientes.

Muestra: Sobre la base del párrafo precedente, se ha tomado como muestras, 09 expedientes del Poder Judicial, sobre la materia, durante los últimos quince años, así como 1 carpeta fiscal del Ministerio Público; mientras que las muestras comparadas, han sido analizadas en un total de 3, todas ellas brasileñas.

2.3 Variables y definición operacional

VARIABLES	INDICADORES
Variable independiente (Vi=V1) VÍNCULO AFECTIVO	1. Posesión constante de estado. 2. Expresiones de amor o afecto. 3. Comunicación.
Variable independiente (Vi=V2) VÍNCULO BIOLÓGICO	1. Compartimiento de genes 2. ADN 3. Grupo sanguíneo

Variable dependiente (Vd=V3) IDENTIDAD	1. Nombre 2. Nacionalidad 3. Sexo. 4. Origen biológico 5. Ideologías o creencias 6. Relaciones familiares
--	--

2.4 Técnicas para la recolección de información

Se utiliza la técnica para la recolección de información mediante el análisis documental, específicamente la técnica de lectura analítica de documentos escritos, atendiendo a la naturaleza de la presente investigación, esto es, análisis de jurisprudencia (nacional y comparada) sobre la materia, así como normas y dogmática relacionada al tema de investigación.

CAPÍTULO III: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FILIACIÓN

3.1 La filiación

3.1.1 Generalidades

La filiación es una fuente generadora de familia que surge desde la misma existencia y coexistencia del ser humano, vale decir, es natural o consustancial al mismo, puesto que es intrínseco en el ser humano procrear vida, generar y poblar al mundo de otros de la misma especie.

Desde tiempos inmemorables, la idea de generar un vínculo entre procreante y procreado, a través de la procreación o generación, ha sido un evento natural de diversa índole, esto es, desde concepciones o percepciones familiares, personales o morales, hasta de índoles religiosas o espirituales. Así pues, el texto sagrado del judaísmo y cristianismo, el “Tanaj” o “Biblia Hebrea”, hace referencia a ello, al referir que “y los bendijo Dios, y les dijo: fructificad y multiplicaos; llenad la tierra (...)”¹.

Por su parte, Paz (2002) refiere que “la filiación es un instituto jurídico que surge con la familia monogámica a través de las relaciones

¹El Tanaj o Biblia Hebrea, Génesis 1:28

intersexuales entre varón y mujer es posible determinar, certera y exclusivamente, la paternidad de los hijos” (p. 317).

Sobre los orígenes de la filiación, en forma cultural, ideológica o social, Bueno (1996), enseña que:

Es en Roma donde el advenimiento de la prole se consideró como un beneficio de los dioses y su falta como un castigo, lo cual se explicaba por qué, con la perpetuación de la prole, se procuraba la existencia de seres que rindiesen culto a sus antepasados. (p. 36)

Como puede observarse la filiación, como vínculo o relación entre padre, madre e hijo, siempre ha existido, puesto que la generación humana es impuesta por un orden natural; lo que en buena cuenta implica que todos poseemos filiación, dado que todos descendemos de una madre y de un padre, por lo menos hasta el actual desenvolvimiento de la humanidad, permanece así.

Sin embargo, lo expresado en el párrafo precedente, no es otra cosa, que una filiación, vínculo o relación natural, más no jurídica, dado que esta última atañe o hace referencia a los efectos jurídicos que se derivan de dicha relación.

Ahora bien, la filiación jurídica halla sus bases o antecedentes históricos en el mismo nacimiento del Derecho, es decir, como toda norma reguladora, puesto que es necesario regular las relaciones interpersonales a fin de salvaguardar la paz social, y que más razón, que normar las relaciones interpersonales de carácter familiar tan estrechas, como las que se derivan entre padres e hijos.

Así pues, los deberes y derechos que surgen de la filiación – tales como la patria potestad, los alimentos, los efectos sucesorios, entre otros – quedan normados con la finalidad de establecer dicho orden y paz social, en este caso, entre miembros familiares.

La filiación como vínculo entre padres e hijos, dejar de ser solamente un acontecimiento espontáneo y primitivo, o un hecho para rendir tributo a antepasados; para convertirse en una relación jurídica que establece o precisa sus alcances jurídicos, lo cual tiene origen desde la propia existencia del Derecho o de los ordenamientos jurídicos.

3.1.2 Filiación matrimonial y extramatrimonial

La filiación matrimonial y extramatrimonial no siempre fueron clasificadas o distinguidas de esa forma, puesto que ello es obra de una evolución ideológica o social, esto es, de corrientes de pensamientos acordes con los nuevos parámetros establecidos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Así pues, Varsi (2020) enfatiza que:

El matrimonio concedía un estatus matrimonial al hijo concebido y nacido fuera del matrimonio. Ambos, legitimado y legítimo, tenían los mismos derechos y obligaciones, así también el adoptivo. Los tres eran iguales. El ilegítimo, era natural o no natural, dependiendo de la capacidad nupcial de sus padres, y mientras más grave – moral y éticamente – era el impedimento, menos derechos tenían (bastardos, adulterinos, incestuosos, sacrílegos). Los naturales heredaban en inferior proporción a los legítimos. (p. 85)

Sin embargo, la tendencia a la equiparación de filiaciones, tiene su origen en acontecimientos histórico sociales.

Sobre el particular, Corral (2005) i, indica que:

Después de la Segunda Guerra Mundial se abre paso en el mundo occidental una fuerte tendencia legislativa en el Derecho familiar que, entre otros aspectos, propicia derogar la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos. En algunos países la reforma legal ha sido precedida por un texto constitucional expreso. Es lo que sucede en Alemania, donde la Constitución de Bonn de 1949 determinó que se dictara la Ley de modificación de la filiación de 19 de agosto de 1969. Igualmente, la Constitución Italiana (1947) dio lugar a la ley de 19 de mayo de 1975; la portuguesa de 1976, al decreto-ley de 25 de noviembre de 1977; y la española de 1978, a su vez, a la reforma de la ley de 13 de mayo de 1981. Aún sin la presencia de un texto constitucional, otros países han suprimido también la diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos. Así, Inglaterra por la *Family Law Reform Act* de 1969 y Francia por la ley n° 72, de 3 de enero de 1972. Gran influencia debe atribuirse en este cambio legislativo a los instrumentos internacionales, especialmente a las Declaraciones o Convenciones sobre Derechos Humanos en los que se asegura la no discriminación en razón de nacimiento, (pp. 194-195)

Como puede observarse, en diferentes ordenamientos a nivel mundial, e incluso en diferentes sistemas jurídicos – como el anglosajón o el romano-germánico – los derechos filiales de los hijos nacidos dentro y fuera

del matrimonio, disentían; vale decir, no les correspondían los mismos derechos, y se priorizaba por encima de todo, la filiación asentada o generada dentro de un matrimonio. Asimismo, las categorías filiales eran abiertamente discriminatorias contra los hijos, puesto que estos se clasificaban en legítimos e ilegítimos, dependiendo de la presencia del matrimonio en su nacimiento.

Sin embargo, el considerar ilegítimo a un hijo, hace alusión a una persona fuera del marco de la ley, o que va en contra de la misma, es decir, es ilegal. No obstante, dicha distinción se mantuvo a lo largo de varios años del siglo pasado, por lo menos, hasta antes de que se proclamasen los distintos instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Como bien explica Aspiri (2000), sobre las distintas clasificaciones de los hijos a lo largo de la historia del Derecho, “la principal razón de su existencia fue establecer diferentes categorías sociales, diferenciación que permitió durante mucho tiempo, desde el punto de vista jurídico, efectuar una discriminación tajante entre las categorías de hijo” (p. 376).

A pesar de lo antes referido, la evolución de las categorías filiales, ha tomado cada vez más fuerza hasta el día de hoy. En efecto, producto de la importancia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la “constitucionalización del Derecho”, o si se quiere llamar, la “neoconstitucionalización”, es que se está suprimiendo las más mínimas diferencias entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, incluso así se refiera a la denominación de los mismos.

Al respecto, si bien la estigmatización y diferencia discriminatoria entre hijos legítimos e ilegítimos, es parte del pasado, y fruto de la revolución de los derechos humanos, también lo es que, hasta nuestros días, aun existe una clasificación de categorías filiales (o de hijos, mejor dicho), conocidas como: “hijos matrimoniales y extramatrimoniales”, que si bien no implica distinción en cuanto al alcance de sus derechos – dado que son los mismos por un principio de igualdad, isonomía o unidad de la filiación – pero que sin duda, puede aun resultar crítico hacer distinciones desde el punto de vista de la categoría de “hijo”, y no enfocarse en que al fin y al cabo, al ser todos los hijos iguales ante la ley, gozando y ejercitando los mismos derechos, independientemente de la forma y circunstancias de su nacimiento, esto es, de la existencia o no de un matrimonio, o también, de la forma en que su categoría o estatus de hijo se haya generado: en forma natural procreativa, natural en forma asistida, o mediante adopción; es que es preferible ir desistiendo de ese tipo de categorías.

Así pues, un ejemplo de lo mencionado en el párrafo precedente, es la ley chilena N° 19.585, en la que se deja de lado la actual nomenclatura o *nomen iuris*, de “hijos matrimoniales y extramatrimoniales”, para reconocer solo a los hijos en general, independientemente de las circunstancias de su nacimiento; lo que en buena cuenta implica hablar de filiaciones matrimoniales o extramatrimoniales, pero ya no desde la categoría de “hijo”, sino de “vínculo o relación”; incluso, la tendencia moderna prefiere analizar las filiaciones desde el punto de vista paternal, es decir, sobre la participación de los mismos en el proceso filial.

Sobre el tema en cuestión, Varsi (2020) refiere lo siguiente:

La distinción según que el nacimiento se produzca en el marco o no de la institución matrimonial reviste importancia a fin de considerar bajo qué criterios se determinará, *in limine*, la atribución paterna, sea legal (presunciones), negocial (reconocimiento) o judicial (acciones de filiación) (...). Se observa en la actualidad un cambio notable. Las modernas legislaciones han abandonado las calificaciones de *hijo* para discutir las calificaciones de *padre/madre* (gestante, genético o biológico, volitivo o por elección, etc) conforme su grado de participación en el proceso procreativo. (pp. 100-101)

Por su parte, Méndez (1996), se inclina más por el principio de unidad de la filiación, isonomía o igualdad de derechos de los hijos, al expresarse sobre la evolución de las categorías de filiación, al referir que “la recepción de la unidad de filiación aparece a nivel internacional, constitucional e interno” (p. 13).

Teniendo en cuenta todo lo antes manifestado, claramente se puede deducir que el proceso evolutivo de la filiación matrimonial y extramatrimonial ha sido consecuencia de grandes modificaciones constitucionales y legales, a raíz de las guerras mundiales, y como consecuencia del auge de los derechos humanos. La igualdad en la filiación, desterrando las “legitimidades” que supuestamente otorgaba el matrimonio (y que obedecían a cánones “morales”, sociales y/o “eclesiásticos”), no es otra cosa que una expresión de los derechos humanos, un derecho fundamental de las personas, específicos en la niñez y adolescencia.

La evolución de las categorías filiales, evidentemente, también ha sucedido en nuestra legislación nacional, lo cual se verá a continuación.

3.2 Evolución de la filiación en el Perú

3.2.1 Evolución de la filiación matrimonial y extramatrimonial

Nuestra legislación no fue ajena a ese cambio de paradigma, a esa evolución de las categorías filiales, o de clasificación de los hijos dependiendo su fuente de origen; sin embargo, evidentemente la actual clasificación nacional de filiación o hijos matrimoniales y extramatrimoniales, no se obtuvo de un momento a otro, sino que fue progresiva, paulatina; también acorde con los nuevos parámetros de los tratados internacionales de los derechos humanos, suscritos y ratificados por nuestro país.

Como sucedió con otras legislaciones comparadas, en nuestro país la reforma de la filiación tuvo como precedente una constitución, para luego, las leyes de ese contexto, se adecúen o simplemente se modifique legislativamente al nuevo paradigma.

No obstante, es importante tener en cuenta cierta evolución de la filiación en nuestro país a través de los años, con algunas constituciones y leyes que fueron formándose cada vez más con una estructura de derechos humanos.

1. Constitución de 1839

Es una de las primeras constituciones de nuestro país, y que sirve de referencia o precedente al Código Civil de 1852. En puridad, esta constitución no aporta algo esencial al tema *in estudio*, dado que hace alusión más que todo, a la estructura política del Estado; solo llama la atención cuando en su artículo 160°, del título de “Garantías Individuales”,

refiere que “todos los peruanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue”; empero, el enfoque de igualdad de dicha norma, es de carácter político, de carácter soberano o ciudadano, mas no desde un enfoque de derechos humanos. No obstante, es la ley civil por excelencia, o Código Civil, en este caso, de 1852, que se promulgaría años después, la que sí detalla las clasificaciones de las categorías filiales.

2. Código Civil de 1852

Es el primer código civil de nuestro país, y definitivamente, influenciado por caracteres patriarcales y machistas de la época, lo cual se materializa en las distintas normas que conforman su cuerpo normativo.

Así pues, es la primera ley civil en clasificar a los hijos como legítimos e ilegítimos, dependiendo su fuente de origen, esto es, si la concepción o nacimiento si originó dentro o fuera de la institución matrimonial.

Dicho ello, el artículo 218° del Título I (De los hijos legítimos) de la Sección Cuarta (De la paternidad) de la referida ley civil, estatuye que “son hijos legítimos, los que nacen de matrimonio: son ilegítimos, los que nacen de padres que no lo han contraído”. A su vez, el artículo 235° del Título II (De los hijos ilegítimos), establece que “son hijos ilegítimos, los que no nacen de matrimonio, ni están legitimados”; y el artículo 236°, complementándolo, indica que “entre estos ilegítimos se clasifican de natural, al hijo concebido en el tiempo en el que el padre y la madre no tenían, para casarse, ninguno de los impedimentos expresados en los nueve primeros incisos del artículo 142°. De los naturales, unos están reconocidos por el padre y otros no”.

Se observa que el Código Civil de esa época, es el primer cuerpo legislativo civil, que establece una clasificación de las categorías filiales,

como hijos legítimos e ilegítimos; pero que incluso, sub clasificaba a los ilegítimos, de naturales o no, dependiendo su reconocimiento, o si es producto o no de una relación extramatrimonial de los futuros cónyuges, o de solamente una relación extramatrimonial de una mujer casada. Así pues, el artículo 243° del citado Código Civil, regulaba que “el hijo adulterino por parte de madre no goza de los derechos que respecto de ella tienen, sin distinción, los ilegítimos en general. Es hijo adulterino, por parte de madre, el ilegítimo concebido por mujer casada”, lo cual es concordante con la primera causal de divorcio (separación *in estricto sensu*) en dicho código, cuyo inciso 1 del artículo 192°, establecía como causal: “el adulterio de la mujer”.

Es evidente, que dicha normativa establecía una clara y discriminatoria distinción en cuanto a categoría filiales, lo que en buena cuenta, es parte del contexto histórico y cultural de la época y el país.

3. Constitución de 1933

Está Constitución es la ley fundamental previa a la promulgación del Código Civil de 1936. En estricto, la citada ley magna no aporta principios o normas específicas sobre las categorías filiales. Solo hace alusión, en su artículo 51° del Capítulo I (Garantías nacionales y sociales) del Título II (Garantías constitucionales), que “el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”; sin embargo, ello en enfoque genérico y social, no desde un punto de vista de los derechos de los hijos; más aún que a la fecha de promulgación de dicha constitución, aún estaba vigente el Código Civil de 1852.

4. Código Civil de 1936

De igual modo, el Código Civil de 1936, sigue en líneas similares, la clasificación de las categorías filiales, como el Código Civil de 1852, en filiación o hijos legítimos e ilegítimos; vale decir, la tendencia es la misma; más aun si la Constitución de 1933 vigente en ese momento, no establecía algo al respecto, Consecuentemente, se mantenía la distinción en la categoría y efectos jurídicos de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. Incluso, se mantuvo la “legitimación” de los hijos nacidos fuera del matrimonio, cuando, según su artículo 314° del Título III (De la legitimación) de la Sección Cuarta (De las relaciones de parentesco), refiere que tiene lugar: “1. por el subsiguiente matrimonio de los padres, en cuyo caso opera de pleno derecho; 2. Por declaración judicial”; lo cual nuevamente deja entrever la supremacía del matrimonio en la filiación.

5. Constitución de 1979

Conforme con los nuevos paradigmas o enfoques de derechos humanos, que trajeron consigo las diferentes sociedades a nivel global, luego de las guerras mundiales, y que se plasmaron en diversos tratados internacionales de derechos humanos, suscritos y ratificados por nuestra país; es que esta constitución vendría a ser la primera carta magna, y cuerpo normativo en general, por la que prohíbe cualquier tipo de distinción basada en la naturaleza de la filiación; y consagra por primera vez el principio de isonomía, igualdad o unidad de la filiación.

Es así, que en parte del artículo 6° de dicha carta magna, se establece que “todos los hijos tienen iguales derechos. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de

los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”; es decir, se regula por primera vez, la igualdad de derechos de todos los hijos, independientemente su fuente de origen, a la que además está prohibida hacer mención, a modo de distinción por naturaleza; consecuentemente, se descarta las categorías de filiaciones legítimas o ilegítimas.

En base a lo antes expresado, y estando vigente el Código Civil de 1936 a la fecha de la promulgación de la referida constitución; por jerarquía de normas, o aplicando control difuso, prevalece las normas de la carta magna, y en todo caso, se debe reinterpretar las normas del Código Civil a la luz de la citada ley fundamental.

6. Código Civil de 1984

La promulgación del Código Civil actual, se dio evidentemente en otro contexto, dado que en esa fecha, estaba vigente la Constitución de 1979, que erradicó toda distinción entre hijos debido a la naturaleza de su filiación. Es por ello, que este Código, amparado en los cánones o principios de isonomía o igualdad recogidos en la referida Constitución, y por un principio de jerarquía de normas, tampoco hace distinción o discrimina la fuente de origen de la filiación; solo clasifica esta (o “a los hijos”, si se quiere llamarlo así) en “matrimonial” y “extramatrimonial”.

No obstante, esta clasificación no importa una discriminación o desigualdad jurídica entre los hijos concebidos o nacidos dentro o fuera de un matrimonio, puesto que ello solo es útil para efectos de determinar la filiación o establecer la forma del nacimiento de los efectos jurídicos, por ende, todos los hijos siguen teniendo los mismos derechos, independientemente su fuente de origen.

Es posible, que aun existan críticas por la forma tan sencilla por la que nacen los efectos jurídicos en una filiación matrimonial, la cual parte de una mera presunción, y no así, en una relación concubinal; sin embargo, se ha logrado un avance significativo en cuanto a que todos los hijos tengan los mismos derechos y que no sean discriminados por las circunstancias de su nacimiento, que en el fondo, es lo más relevante. De igual modo, el hecho que hasta la actualidad, se mantenga la distinción de *nomen iuris* como “hijos matrimoniales y extramatrimoniales”, cuando lo recomendable, es incluso, no referirse a esa distinción, sino tan solo, hablar de hijos en sentido estricto (como la Ley Chilena antes referida); sin embargo, ahondamos en la idea que la evolución jurídica en este tema, ha sido consistente y fruto del auge de los derechos humanos.

7. Constitución de 1993

La Constitución vigente, reforzó lo establecido en la Constitución de 1979, puesto que también en su artículo 6° regula el principio de isonomía o igualdad de las categorías filiales; estableciendo el derecho fundamental de los hijos a gozar de los mismos derechos, sin distinción alguna por cualquier causa, como la fuente de origen de la filiación.

Como se observa, la evolución de la filiación matrimonial y extramatrimonial en nuestro país, ha sido paulatina, fruto del desarrollo de los derechos humanos – como consecuencias de las guerras mundiales – que han influenciado nuestra normativa, específicamente a nivel constitucional, para luego tener repercusión a nivel legal; dejando claro la erradicación sin ninguna justificación, sobre la distinción entre hijos concebidos y nacidos dentro o fuera de un matrimonio, para dar lugar a

derechos fundamentales específicos en materia de niñez y adolescencia, tales como gozar de todos los derechos que el ordenamiento les provee por el simple hecho de ser hijo, de tener existencia, de ser al fin y al cabo un ser humano.

CAPÍTULO IV: EL DERECHO A LA IDENTIDAD

4.1 La identidad como derecho fundamental

4.1.1 Generalidades

El ser humano como tal, como ser existencial y coexistencial, por su propia naturaleza, goza de una serie de derechos fundamentales que suscriben o recalcan la importancia de la persona a nivel individual y social, y por tanto, justifica tales derechos.

Los derechos fundamentales de la persona son aquellos plexos de derechos básicos o fundamentales que lo ostentan por el simple hecho de serlo, esto es, derechos innatos o consustanciales al mismo; gozan de derechos primarios, pero elementales y de enorme relevancia, a tal punto, que el beneficiario de ellos, traspasa a la persona, por cuanto, el ser humano precede al mismo, el concebido es fuente de todo derecho.

Así pues, tanto los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, como la Constitución Política nacional vigente, regula una serie de derechos fundamentales de la persona, los cuales – por

naturaleza – no se extinguen en dicha enumeración, sino por el contrario, están estructurados bajo un sistema de *númerus apertus*².

En lo que respecta al presente trabajo de investigación, nuestra Constitución Política vigente, en su artículo 2, regula una serie de derechos fundamentales de la persona; entre los que resaltan: “1. 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”; y 2. “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

Sobre el particular, se observa que la identidad es considerada como un derecho fundamental de la persona, así lo establece el artículo 2 de la Constitución³.

Sin embargo, cómo comprender dicho derecho fundamental, es decir, cuándo una persona tiene identidad, o qué implica contar con la misma.

Al respecto, el maestro Fernández (2015), ha indicado lo siguiente:

Entendemos como identidad personal 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 plexo de características de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta

² Ver artículo 3 de la Constitución vigente.

³ Aunque también, se la menciona de uno u otro modo, en los artículos: 19. A su identidad étnica y cultural; 6. Prohibición de la mención sobre el estado civil de los hijos y la naturaleza de la filiación en los registros civiles o en los documentos de identidad. ; 15. Derecho del educando a una formación que respete su identidad; 89. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas; 183. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil mantiene el registro de identificación de los ciudadanos y emite los documentos que acrediten su identidad.

persona, en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto específico ser humano. La identidad, el ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero, traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro. (p. 116)

Como puede inferirse, la identidad como derecho fundamental de las personas, es aquel derecho que reviste una serie de características que permiten individualizar a una persona en la sociedad, esto es, que se identifique a una persona como tal y no como otra, dependiendo de los atributos o características que posee; lo cual, es tanto un derecho fundamental como una garantía constitucional, dado que es deber del Estado garantizar a las personas su plena identificación, como ser único e irrepetible.

Asimismo, la identidad a la que hacemos alusión – como puede desprenderse – es la relativa a la personal en *stricto sensu*, y no a las demás variantes de ella, como por ejemplo, la identidad sexual o la genética o biológica propiamente dicha (aunque esta última, para la presente investigación, sí está relacionada, y merece mención aparte).

Sobre la identidad en sentido genérico, Bernalés (1996) refiere que: La identidad, como fenómeno complejo que comprende diversos elementos de identificación, abarca distintos contenidos para la persona; la identidad individual (conjunto de elementos que le sirven para distinguirse de los demás), la identidad familiar (pertenencia a la sociedad por ser parte de una familia) y la

identidad psicológica (sexo, raza, cultura, religión, familia, creencias, costumbres, modos). (p. 89)

Teniendo en cuenta lo antes argumentado, la identidad como derecho fundamental de la persona, va más allá de las distinciones primarias de una persona en relación con otras en sociedad, sino que también implica una serie de rasgos sociales y psíquicos que la identifican.

4.1.2 Vertientes de la identidad como derecho fundamental

Es claro que la identidad como derecho fundamental de las personas está compuesta por una serie de rasgos y características físicas, psíquicas, sociales, económicas, sexuales, culturales (entre otros aspectos), que diferencian a un individuo respecto de otros; y por lo tanto, se refuerza la idea de “ser” único e irrepetible.

Lo indicado se traduce en que las personas se identifican y distinguen respecto a otros, desde datos, elementos o características tan simples como el nombre, nacionalidad o el aspecto físico; hasta características más complejas que trascienden lo objetivo o inmutable, tales como la pertenencia a una familia, la sexualidad, la religión, etc.

Toda esa estructura compleja de la identidad hace concluir que existen diversos factores que distinguen e identifican a una persona respecto a otras, y que viene a ser un derecho fundamental, el cual debe ser respetado y priorizado.

Sobre el particular, Varsi (1999) sostiene que la identidad se clasifica en: “Identidad personal, sexual y genética” (p. 240). Sobre la identidad personal, este mismo autor, enseña que:

Referido a los atributos de la persona (elementos que diferencian a una persona respecto de otra) como el nombre, edad, sexo, estado civil, profesión, religión, patrimonio, domicilio, capacidad y nacionalidad, determinando la individualidad propia de cada persona en sociedad y frente al derecho. Sin embargo, no es posible limitar el derecho a la identidad personal a un conjunto de situaciones o categorías jurídicas, sino que debemos entenderlo de una manera amplia y heterogénea, producto de la bioquímica y de las vivencias del hombre, pues la identidad se presenta como la *unidad* y el *todo* del ser humano. (Varsi, 1999, p. 240)

Siendo ello así, la identidad tiene una serie de vertientes o variedades tanto a nivel personal, como sexual y genético, las cuales, se interrelacionan unas a otras, puesto que al fin y al cabo, forman parte del derecho fundamental a la identidad de la persona.

La identidad personal distingue a las personas desde datos elementales como el nombre o nacionalidad, yendo incluso más allá, cuando la persona se autodetermina en la sociedad a través de sus ideas o sujeciones socioculturales (¿identidad familiar y/o psíquica, como lo indica el profesor Bernales?). La identidad sexual está relacionada con factores psíquicos que se desarrollan en la personalidad y que implica el estricto respeto a la sexualidad de cada persona. Y por su parte, la identidad genética o biológica asegura el derecho fundamental de las personas de conocer su propio origen, lo que viene a ser, sobre todo, un derecho fundamental específico en la niñez y adolescencia.

No obstante, la identidad personal – que es en puridad materia de la presente investigación – contiene una serie de elementos, características o atributos que van más allá de lo objetivo, por la propia naturaleza del ser humano.

Sobre esto último, Vila-Coro (1992), refiere que:

La identidad personal es un haz de fuerzas resultante de la fuerza expansiva del *código genético* que es el principio intrínseco de actividad, modificado por los impulsos procedentes del hábitat y, ambos a su vez, atemperados o dirigidos por el ejercicio efectivo de la libertad. (p. 76)

La misma autora agrega que el ser humano “se halla en la intersección de tres ejes de coordenadas: herencia, ambiente y su propia libertad personal”. (Vila-Coro, 1995, pp. 207-208).

En ese sentido, es relevante comprender que la identidad personal como derecho fundamental de las personas, está compuesta de elementos objetivos y subjetivos, dado que la libertad es determinante a la hora de identificarse y/o distinguirse de las demás personas, es decir, partimos de datos estáticos, hasta – y como parte de la influencia del hábitat y la libertad en general – características variables o personalísimas.

4.1.3 Clases de identidades personales

En base a lo antes expuesto, se infiere que existen clases de identidades personales: la Identidad estática y la dinámica, dependiendo las características o elementos objetivos y subjetivos que diferencian a las personas en sociedad.

Al respecto, el maestro Fernández (2002) indica lo siguiente:

Puede describirse la identidad como el conjunto de atributos y características, tanto estáticas como dinámicas, que individualizan a la persona en sociedad. Se trata de todos aquellos rasgos que hacen posible que cada uno sea uno mismo y no otro. Este plexo de atributos y características que se proyectan hacia el mundo exterior, permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en lo que ella es en cuanto ser humano único e irrepetible. Por consiguiente, ambas, la estática y la dinámica como unidad totalitaria, perfilan la identidad de la persona. En síntesis, se puede decir que la identidad es el bagaje de características y atributos que definen la verdad personal en que consiste cada persona. (p. 18).

4.1.3.1 Identidad estática

La identidad estática está relacionada con aquellas características – justamente – estáticas o invariables que caracterizan a cada persona, y que vienen a ser atributos básicos y simples para diferenciar a los unos de los otros; tales como el nombre, la edad, la nacionalidad, estado civil, profesión, domicilio, características físicas, entre otros.

Dicha clase de identidad personal, es primaria pero relevante a la hora de distinguir a una persona en sociedad. De ahí la importancia de que todas las personas contemos con un nombre como dato básico de identificación a nivel individual y social; tener la garantía de ser inscritos por nacimiento, tener conocimiento de que país somos originarios, y asimismo, ejercer nuestros derechos civiles al no ser privados de un documento nacional de identidad (DNI).

Así también, y en principio, diferenciarnos por el sexo de nacimiento, y por las particularidades físicas de las personas. Todo lo referido, versa sobre una identidad que es inmutable, inmodificable (salvo excepciones), y que implica una identidad básica como derecho fundamental.

4.1.3.2 Identidad dinámica

Sobre la base de lo expuesto por el maestro Fernández Sessarego, el autor Huamancayo (2009), señala que:

Al concepto de la vertiente dinámica de la identidad de la persona, podemos incluir entonces, los sentimientos propios y personales del sujeto, los vínculos que genera con los diversos individuos que forman parte de su entorno, vínculos que pueden ser de amistad, enemistad, empatía, familiaridad, etc, que vincula al sujeto con las personas que forman parte de su entorno. Ello nos lleva a asumir que es parte de la identidad de una persona, no solamente el conocer a su padre biológico, o conocer lo que se ha denominado su “verdad biológica”, sino también el estructurar y fortalecer los vínculos paterno filiales que mantiene con las personas que considera sus padres o su familia y que definitivamente inciden con la personalidad e identidad de ésta. (p. 139)

En efecto, la vertiente dinámica de la identidad va mucho más allá de datos inmutables u objetivos, para centrarse en aspectos psíquicos y culturales de la persona, vale decir, subjetivos y relevantes; lo cuales, desde el punto de vista de la niñez y adolescencia, se materializan – entre otras cosas - en la pertenencia o identidad que ellos perciben de su familia, en los lazos de familiaridad que se crean con el devenir de los años, forjando una

personalidad y estructura personal y familiar, que puede coincidir con datos biológicos, como no.

Sin embargo, la identidad dinámica, atraviesa varios aspectos de la vida humana, no solo en la niñez y adolescencia, y que está íntimamente ligada con aspectos culturales o ideológicos y que evolucionan con la persona misma. Tal es así, que la religión, principios morales, sexuales, actitudes, ideologías filosóficas o políticas, creencias de diversa índole, relaciones familiares, etc, forman parte de esta clase de identidad o vertiente dinámica, y que incluso, son características de mayor cantidad y calidad que la estática; ergo, distinguen o identifican de mejor forma a la persona humana.

Sobre esto último, Fernández (2006), señala que:

La vertiente dinámica de la identidad de la persona está compuesta por un complejo conjunto de atributos y calificaciones de la persona que pueden variar con el tiempo, en mayor o menor medida según la coherencia o consistencia de la personalidad y cultura de la persona. Se trata de creencias filosóficas o religiosas, la ideología, los principios morales, la profesión, las opiniones, las actitudes, la inclinación política, la adhesión a ciertas soluciones económico-sociales, el perfil psicológico, la sexualidad entre otros atributos y calificaciones de dinámicos de la persona. (p. 20).

Definitivamente, la identidad dinámica se refleja en la realidad social, en las actitudes culturales e ideológicas que asume una persona a nivel individual (sexualidad, creencias filosóficas) y social (relaciones familiares,

sociales), y que evolucionan conforme la propia persona, identificándola a niveles extra objetivos.

4.2 La identidad como derecho fundamental específico en la niñez y adolescencia

4.2.1 Derechos fundamentales específicos en la niñez y adolescencia

Las niñas, niños y adolescentes, bajo el actual paradigma de la doctrina de la protección integral, ya no son considerados objeto de tutela o compasión por parte del Estado, sino sujetos de derechos con capacidad paulatina o progresiva para ejercerlos por sí mismos.

Esta doctrina de la protección integral ha sido recogida por la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita en el año 1989, y ratificada por nuestro país en 1990; por lo cual, forma parte de nuestro derecho interno, y debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales, administrativos y demás relacionados en materia de niñez y adolescencia.

Las niñas, niños y adolescentes por su condición de tales, esto es, por tratarse de seres humanos o personas en pleno desarrollo de su personalidad, y vulnerables a nivel físico y mental, merecen protección, cuidado y asistencia especial por parte del Estado, la comunidad y la familia, a fin de salvaguardar, exigir y priorizar sus derechos para la obtención de los fines de la Convención y del Estado Peruano en general; lo que en buena cuenta, implica garantizar el armonioso respeto de sus derechos fundamentales para que su desarrollo físico y psíquico se genere en forma adecuada, y evidentemente, repercuta positivamente en la sociedad.

Los derechos humanos y fundamentales de las niñas, niños y adolescentes son todos aquellos que les corresponden al ser humano por su condición de tales; sin embargo, por la propia naturaleza de dichas personas, poseen derechos que le son propios, innatos, particulares o específicos, ligados o propensos a la materialización de su vital desarrollo personal; y por lo tanto, el Estado los protege de manera especial, a fin de garantizar dicha clase de derechos, y todos lo que les competente en general.

Sobre este punto, Plácido (2015), ha mencionado que “definitivamente irrumpe como sujeto de todos los derechos reconocidos por la normativa internacional para todos los ciudadanos, y además, tiene los derechos propios a su especial condición de ser humano en desarrollo” (p. 48).

Asimismo, en lo que respecta a las características esenciales de la doctrina de la protección integral, señala que:

La Convención sobre los Derechos del Niño exige reconocer las particularidades del disfrute y ejercicio por los niños, niñas y adolescentes de derechos como la identidad, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho de asociación y el derecho de reunión, el derecho a la intimidad y a la vida privada y los derechos de participación tanto a nivel familiar como cultural y social. (Plácido, 2015, p. 49).

Termina, luego, en lo que respecta a una de las características de la doctrina de la protección integral, que:

Importa, además, considerarlos como personas en condición peculiar de desarrollo. Además de los derechos y garantías reconocidos a los adultos, a todos los niños, niñas y adolescentes deben reconocérsele derechos especiales que garanticen recibir cuidados distintivos, porque dicha condición particular los torna vulnerables en su desarrollo y en la defensa y ejercicio de sus derechos. Se considera, además, que si un derecho se encuentra amenazado o violado, los adultos (familia, sociedad y Estado) están obligados a la realización de medidas concretas de protección, cumplimiento y/o restitución de los mismos. (Plácido, 2015, p. 50).

Del mismo, Barletta (2018), sobre el niño y adolescente como sujeto protagonista en la defensa de sus derechos, mencionándolo como una característica, refiere:

Además, en la doctrina de la protección integral, el niño y el adolescente es visualizado como un sujeto activo que se involucra en la toma de decisiones de los asuntos que lo afecten. Son valorados por sí mismos, en su condición de persona que es merecedora de un trato diferenciado con dignidad. De esta manera, estos sujetos dejan de ser concebidos como un “objeto de protección” (compasión o represión) para ser reconocidos como “sujetos de derechos”, cuyo actuar protagónico es considerado en las instancias en que se promueven acciones en su beneficio. (p. 21)

Adicionalmente, la misma autora, respecto al niño como sujeto de derechos, como principio jurídico, indica:

En consecuencia, cuando aludimos a la condición del niño como sujeto de derechos ya no enfatizamos en el requerimiento de brindarle protección desde una perspectiva asistencialista o de minusvalía, sino en su condición de persona humana que lo hace destinatario de un respeto y resguardo de sus derechos y por lo tanto la protección a su dignidad. (Barletta, 2018 p. 41).

Como se observa, las niñas, niños y adolescentes, son considerados sujetos de derechos, tanto de los adultos en general, como específicos o “especiales” por su propia naturaleza, o grado de realización personal, y maduración física y mental.

Los derechos fundamentales específicos que le son propios se relacionan íntimamente con su desarrollo de personalidad, y repercuten – como ya se indicó – en su bienestar; es por ello, que merecen una protección especial, esto es, por la situación especial que ellos tienen en la sociedad, vulnerables física y mentalmente, con mayor grado de amenaza y violación de sus derechos; lo cual impone al Estado, la comunidad y la familia protegerlos especialmente.

No se debe olvidar en ese contexto, el artículo 4° de la Constitución vigente, al regular el principio de protección especial a la niñez y adolescencia en situación vulnerable. Debe interpretarse dicha norma en forma extensiva, concordante con la finalidad de la Convención de los Derechos del Niño del que somos parte, y bajo el principio “*pro homine*”; puesto que la protección especial es para todas las niñas, niños y adolescentes en general, al estar *per se*, en situación especial por su propia naturaleza o condición. Asimismo, de referirnos a situaciones vulnerables

particulares, como adolescentes infractores, niñas y niños abandonados, o que adolezcan de enfermedades mentales o físicas, la protección especial se acentúa aún más, a través de políticas públicas o estatales en materia de niñez y adolescencia.

Ahora bien, los derechos específicos, especiales, particulares o propios de las niñas, niños y adolescentes, así como su protección especial por parte del Estado, la comunidad y la familia, son compatibles con lo regulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de los Niños y Adolescentes.

Así pues, del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, se hace referencia a que “recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos, las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”.

Asimismo, el artículo II del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, regula que “el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica (...)”; mientras que en su artículo IV, establece que “además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo (...)”.

Es claro que la protección especial a las niñas, niños y adolescentes, obedece a su particular estatus en la sociedad; y además, para el pleno desarrollo de su personalidad, se vale de todos los derechos humanos, con especial énfasis en los particulares o específicos, para lograr dicho fin.

Teniendo en cuenta los párrafos precedentes, entre los derechos fundamentales específicos de los que gozan las niñas, niños y adolescentes,

y que se desprenden de la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de Niños y Adolescentes, tenemos – entre otros – los siguientes:

a) Derecho al nombre, nacionalidad y preservación de la identidad: Este derecho fundamental hace alusión a que toda niña y niño tienen derecho a un nombre desde el momento en que nacen; y por lo tanto, a su inmediata inscripción en el registro civil, a fin de garantizar ello. El nacimiento de un niño o niña, también implica que estos gocen de una nacionalidad, por evidentemente nacer al interior de una nación. Asimismo, ellos tienen derecho a que se respete su identidad, tanto el nombre, nacionalidad como las relaciones familiares; y por ende, si están privados de ella, el Estado debe garantizar el restablecimiento de dicho derecho.

b) Reunificación familiar: También puede ser entendido como “unidad familiar”, que no es otra cosa que el derecho de todas las niñas, niños y adolescentes (invocado, de igual modo, por los padres o demás parientes en los que se estructure la familia) para ingresar o salir de un determinado “Estado parte” a fin de reencontrarse con sus padres, lo cual repercute en el reforzamiento de las relaciones paterno filiales.

c) Opinión del niño: Derecho de las niñas, niños y adolescentes, de aplicación tanto sustantiva como procesal, que implica el derecho fundamental de ellos a emitir opiniones de diversa índole, en la medida que vayan forjándose un juicio propio, esto es, cuya relevancia dependerá del grado de desarrollo o maduración mental, más aun si sus opiniones están relacionadas con aspectos de su vida. Este derecho está íntimamente relacionado con el de **libertad de expresión**, de la que también gozan.

Sobre dicho derecho y su relación con la identidad, materia del presente trabajo, se profundizará más adelante.

d) A su atención por el Estado desde su concepción: Nótese que este derecho, es del concebido (niño) como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. Justamente este derecho es uno de ellos, puesto que se garantiza las condiciones necesarias para materializar su existencia, a través de políticas públicas a favor de ellos y sus madres.

e) A vivir en una familia: Es derecho de toda niña, niño y adolescente a vivir en una familia, como mejor estructura social para el desarrollo de los mismos, es decir, tienen derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, porque esta, en pureza, garantiza dicho desarrollo; sin embargo, el referido derecho hace alusión a contar con una familia en la que exista felicidad, amor y comprensión; puesto que con dichas características se cumplirá a cabalidad el desarrollo armonioso de los mismos.

4.2.2 La filiación o vínculo filial como una forma de identidad en la niñez y adolescencia

Hasta este punto, es diáfano que las niñas, niños y adolescentes por su condición de tales, son pasibles de protección especial, y gozan de derechos fundamentales de los adultos en general, así como específicos, acordes a su situación y grado de desarrollo; todos los cuales, los ejercitan progresivamente.

Así pues, se ha considerado que la identidad como derecho fundamental de las personas, también lo es de las niñas, niños y adolescentes, pero de una forma más incisiva, dado que desde que nacen,

tienen derecho a un nombre, nacionalidad, y a preservar sus relaciones familiares.

Dicho ello, la identidad en la niñez y adolescencia está compuesta no solo por datos objetivos como el nombre o la nacionalidad, sino y sobre todo, por lazos y/o relaciones familiares; de ahí que, si de algún modo, se priva de dichos elementos que conforman su identidad, el Estado tiene el deber de restaurarla.

Lo mencionado en los párrafos precedentes, tiene sustento en el artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo primer párrafo, establece que: “El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde este 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. Asimismo, el artículo 8° de la citada Convención, regula que: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la Ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de sus elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Según explica Varsi (2020), “identidad y filiación son sinónimos. La filiación, sustantivo e identidad, cualidad. Jurídicamente, son dos derechos complementarios. Se reconocen mutuamente. La filiación hace a la identidad (activándola) y esta se basa en la filiación (generándola)”. (p. 132).

Teniendo en cuenta el párrafo anterior, es de precisar que la filiación como vínculo o relación existente entre padres e hijos, no es otra cosa que una de las tantas formas de identificación de las personas.

En efecto, todos provenimos de padres (o mejor dicho, progenitores), de personas quienes nos han procreado, ya sea natural o asistidamente; provenimos de una persona que nos alumbró (por lo menos, hasta ahora); y por lo tanto, pertenecemos a una familia, por origen; consecuentemente, que mayor identidad personal que la pertenencia a una familia.

Recuérdese, que la identidad personal, puede ser estática o dinámica, o si se quiere llamar, de tipo individual, social y psíquica; lo que en buena cuenta, implica identificarse no solo a través de datos objetivos, sino también a través de ideologías o, para el presente caso, relaciones familiares.

Es por ello, que Torres (2008), refiere que “nuestra primera identidad es la filiación, al ser hijos de unos padres” (p.1).

Ello tiene sentido, al ser la filiación un vínculo o relación entre padres e hijos, por la cual se establece la paternidad y maternidad sobre el filio.

Para Planiol y Ripert (1948), la filiación “es la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra” (p. 454).

Para López (1976), “es la relación biológica que une a una persona con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró” (p. 11).

La filiación, como vínculo o relación, o como estado de familia, implica la correspondencia de un hijo con sus progenitores o padres; y por lo tanto, a partir de ese estatus familiar, existe identidad “familiar”; consecuentemente, la filiación es una forma de identidad personal, a partir de relaciones

personales o familiares, y que por su trascendencia, identifica de forma plena a las personas, en este caso, a las niñas, niños y adolescentes.

Será por eso, que autores como Pereira y De Oliveira (2006), han indicado que el derecho a la identidad es “el llamado derecho a la historicidad personal o derecho a la localización familiar” (p. 51), vale decir, relacionada con el vínculo filial, o simplemente, familiar.

4.3 La identidad en la niñez y adolescencia a partir del vínculo biológico y afectivo

4.3.1 Derecho a la identidad genética o biológica

Como se ha indicado en los párrafos precedentes, la identidad de las niñas, niños y adolescentes, es un derecho fundamental, de carácter específico, que hace alusión al derecho que tienen a ser inscritos desde su nacimiento, contar con un nombre, nacionalidad, y preservar sus relaciones familiares; por lo cual, el Estado tiene la obligación de restaurar dicho derecho, en caso se encuentren privados del mismo.

La identidad personal de las niñas, niños y adolescentes, implica contar con características objetivas y subjetivas, que diferencian a una persona respecto de otra (identidad estática y dinámica). Datos tan elementales como el nombre, el compartimiento de genes, o el sexo, distinguen a un ser humano del resto.

La filiación, al ser un vínculo o relación existente entre progenitores y procreados, desde un punto de vista estrictamente biológico, implica, a través de los genes, tener certeza de dónde se proviene, quien es el procreante y procreado, por compartir los mismos genes; lo que

eventualmente, también hace alusión a la familia de donde se pertenece; y por ende, a la identidad biológica o genética.

A decir de Enrique Varsi (1991):

En el núcleo celular se halla el patrón o huella genética que tiene todo ser viviente. En el caso del ser humano, surge en el momento de la concepción cuando el núcleo del espermatozoide intercambia su información genética con el núcleo del óvulo (singamia). Esta huella o pauta genética, insistimos, es el resumen de la información aportada por los progenitores del procreado, de allí la posibilidad de determinar con certeza el origen biológico de la filiación. (p. 241).

Será por eso que el maestro Fernández (1992), sobre el particular, ha mencionado que “se deduce que desde la concepción el ser humano tiene una determinada identidad” (p. 21).

En efecto, la identidad de una persona también se determina a través de las coincidencias genéticas entre procreante y procreado (o si se le quiere llamar, padres e hijos), puesto que la descendencia establecida, implica conocer de dónde provenimos genéticamente, y por ende, es un rasgo o característica diferenciadora más del ser humano, incluso de carácter objetivo.

Sobre lo base de lo expuesto, a través de las actuales pruebas del ácido desoxirribonucleico (ADN), se puede indagar o investigar la paternidad (o maternidad) de una determinada persona, dado que el compartimiento de genes, científicamente puede ser probado (en el caso de la paternidad, al menos en más del 99% de certeza).

Siendo ello así, una de las formas de entender a la filiación, es justamente como una relación o vínculo entre procreante y procreado, muchas veces padres e hijos; consecuentemente, a través del origen biológico o genético, se determina de manera certera, quién es el “padre” e “hijo”, y por ende, nace los efectos jurídicos propios de dicha relación.

Conocer el origen biológico, y generarlo jurídicamente, no es otra cosa, que una forma de identidad, al tener conocimiento o pertenecer a una familia biológica, la cual, genera filiación, y por lo general, identidad, materializando diversos efectos jurídicos.

4.3.2 Derecho a conocer el origen biológico

Al ser la identidad genética, una forma de identidad, a partir del compartimiento de genes; es lógico pensar que es un derecho de las personas, incluyendo a las niñas, niños y adolescentes, puesto que el reclamar el conocimiento de dónde proviene una persona, a partir de los genes, es parte de la dignidad humana a conocer sus orígenes biológicos.

Lo esgrimido en el párrafo precedente, es independiente de la identidad basada en el afecto, es decir, dicho derecho a conocer el origen biológico no se excluye si prevalece aquella, puesto que forma parte de la dignidad humana. La verdad biológica se investiga, el Estado garantiza la investigación de la paternidad, lo que debe entenderse a su vez, también la de tipo biológico.

Si bien es cierto, el derecho a conocer el origen biológico no es reconocido de forma expresa en la Constitución o norma legal alguna, también lo es que bien se puede desprender del artículo 3 de la Carta

Magna (derechos no enumerados), basándose – entre otras cosas – en la dignidad humana.

Asimismo, el Tribunal Constitucional reconoce el derecho a la verdad, al indicar que tiene una configuración autónoma⁴; y si bien dicho pronunciamiento está relacionado con el derecho a la verdad en las desapariciones forzadas, también debe considerarse que nos sirve de pauta para entender la esencia del mismo. Quizá por ello, Juan Carlos Huamancayo Pierred, sobre el derecho a la verdad, ha referido que es “aquella atribución inherente a toda persona humana que se deriva del principio de la dignidad humana, en atención a que el desconocimiento de la verdad ocasiona un daño al titular del derecho”. (2009, p. 140).

Según refiere Zannoni (1997):

En el derecho a conocer el propio origen biológico existe una relación entre la identidad personal y la realidad biológica, mediante la cual un sujeto encuentra su pertenencia a una familia y obtiene el emplazamiento de su estado que, de acuerdo con su origen biológico, le corresponde. (p. 159)

Como se observa, este derecho está relacionado, con el derecho de las niñas, niños y adolescentes, a conocer desde que nacen a sus padres, o mejor dicho, a sus progenitores.

Sobre el particular, Plácido (1997), señala que:

Es un derecho fundamental del niño, que se sustenta en el reconocimiento de que el infante, para pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia, en un

⁴ Ver STC N° 2488-2002-HC.

ambiente de felicidad, amor, comprensión. Siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño, se confirma su carácter *intuito personae*, por tanto, irrenunciable e imprescriptible. (1997, p. 150).

Al respecto, consideramos que este derecho está relacionado específicamente con el derecho a conocer a los progenitores, más que el término “padre”; sin embargo, es común pensar que entre ambos recaerá la misma calidad (pero no necesariamente); por lo que, ello conlleva a conocer nuestro orígenes biológicos, saber nuestra pertenencia “familiar”, pero de índole genética.

Atendiendo a lo antes expuesto, no compartimos la idea de que el conocer el origen biológico va a generar el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de las niñas, niños y adolescentes, puesto que antes que todo, debe prevalecer un ambiente de felicidad, amor y comprensión, como lo hace saber el Preámbulo de la Convención sobre los derechos del Niño.

En todo caso, el conocer el origen biológico, es un derecho ligado con la identidad personal basado en la dignidad humana, por el que todo ser humano, incluyendo evidentemente a las niñas, niños y adolescentes, tienen el derecho de conocer biológicamente a qué “familia” o vínculo parental objetivo o formal pertenecen (lo que en muchos casos, genera una filiación, por existir identidad plena); y asimismo, ello implica tener conocimiento de nuestros antecedentes de salud, como derecho fundamental.

Sobre este aspecto, es pertinente considerar lo que ha señalado Lobo (2010):

En el escenario actual de las relaciones familiares y del desarrollo de la genética, la tendencia es buscar una armonización entre el derecho de la personalidad al conocimiento del origen genético, así como la necesidad de materialización y prevención del derecho a la salud y el derecho al parentesco cuando ya está establecido, tomándose en cuenta el principio jurídico de la afectividad. (2010, p. 460).

Nótese, que este derecho tiene consecuencias directas, no solo en el derecho a la salud – al tener conocimiento de material genético – sino también sobre el parentesco, al conllevar a posibles impedimentos matrimoniales.

Cabe resaltar que, incluso existen autores que van más allá de precisar una concepción o definir conceptos relacionados con la identidad genética o el derecho a conocer los orígenes biológicos, al identificar el derecho a la verdad biológica como aquel que plasma una relación entre padres e hijos, relacionados por los genes que comparten, trazando una individualidad producto de dicho vínculo, esto es, como punto de partida para diferenciar a una persona con las demás; por ende, destacando relevancia en dicha clase de identidad, sin necesariamente distinguir o considerar vínculos que van más allá de los genes, como el afecto, o incluso la coexistencia entre ambas instituciones: lo biológico y el afecto.

En ese sentido, Morales Galán (2019), citando a Corona Quesada, refiere que:

La historia de cada persona no comienza en el momento del nacimiento, sino en el de la unión del óvulo y el espermatozoide

que dan vida a nuevo ser. No se puede olvidar que la transferencia de cromosomas produce un ser completamente único que, sin embargo, poseerá rasgos y comportamientos que los ligan a sus progenitores. De ahí que sea esencial para cualquier ser humano pensar sobre su historia individual, y poder saber sobre su procedencia genética y su filiación. Es importante saber no solo los datos genéticos sino de qué individuos los recibió, para así poder completar su verdadero árbol genealógico. (p. 173)

Resulta interesante cómo en esa misma línea, el autor cita una sentencia supranacional (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de febrero de 2003, caso Pascale Odièvre vs. Francia), en la que se relaciona el derecho a conocer los orígenes biológicos con otro derecho fundamental. Así pues, se indica lo siguiente:

Artículo 8 del Convenio (apartado 29 de la sentencia in fine). Como el tribunal ya ha reconocido que el derecho al respeto a la vida privada incluye el derecho al desarrollo de la personalidad y crecimiento personal conmovedor a la identidad fundamental de la persona, la cuestión del acceso a sus orígenes constituye un elemento esencial de la privacidad protegida por el artículo 8 de la Convención, que determina como reconoce el Tribunal. Incluso en caso de adopción, la posibilidad de tener acceso a sus orígenes, y poder rastrear los elementos de su historia personal de libertad y, por lo tanto, de dignidad humana, que está en el corazón de los derechos humanos garantizado por la Convención. (2019, p. 174).

Si bien el derecho a conocer los orígenes biológicos forma parte del derecho a la identidad (genética), lo que está relacionado con el derecho a la vida privada o intimidad, así como la salud; también lo que es no puede ser considerada como la única vía para generar una filiación, dado que no siempre el vínculo biológico se condice con lo afectivo. Aunque sea lo ideal, lo cierto es que la praxis nos lleva a reflexionar en los más variados vínculos entre familiares, en cuyos nexos, lo biológico no siempre está presente. La verdad biológica, en consonancia, con la investigación de la paternidad garantizada por el Estado, es un derecho subjetivo de quien lo reclama, mediando legitimidad, mas no siempre se condice con una identidad *per se* o que refleje una relación filial, así se trate de una forma de identidad o no sean necesariamente excluyentes, por los fundamentos de la doctrina antes referida; la cual está enfocada en el posible daño moral ante el no reconocimiento de filiación por el progenitor o la no revelación del padre biológico hacia el hijo o hija, por parte de la madre. Ello pues, debe ser analizado de acuerdo el contexto.

4.3.3 Derecho a la identidad a través de las relaciones familiares

Sobre este punto, es pertinente recordar que la identidad como derecho fundamental de las personas, es de tipo estático y dinámico. Al referirnos a este último tipo, se hace alusión, no a características objetivas, estáticas o inmodificables de la persona, sino a rasgos subjetivos, variantes o modificables, cuyas construcciones obedecen a patrones culturales, psíquicos o sociales que adopta una persona mientras desarrolla su personalidad, o incluso, a lo largo de toda su vida, y que también la distingue del resto de las personas.

La identidad dinámica, entonces, está relacionada con la ideología de las personas, sus creencias religiosas, sociales, culturales, su sexualidad, sus relaciones familiares, los sentimientos propios de las personas para determinados asuntos, etc.; en fin, todos aquellos rasgos íntimamente ligados con la libertad y voluntad de la persona, cuya coacción o maduración, depende de cada uno.

Así pues, las relaciones familiares, o la pertenencia a una determinada familia, en base a esa “familiaridad” o “relación construida por afecto”, es una forma de materializar la identidad dinámica de las personas, en especial de las niñas, niños y adolescentes; puesto que ello incide en su personalidad o identidad.

Lo mencionado en los párrafos antes expuestos, tiene concordancia con las doctrinas indicadas en los capítulos o sub capítulos precedentes, en el extremo de considerar a la identidad como individual, social y psíquica.

Ello es así, puesto que la identidad dinámica está íntimamente ligada con los aspectos sociales y psíquicos. El identificarse con una determinada familia en base a construcciones afectivas, son prueba de lo manifestado.

Asimismo, la Convención sobre los derechos del niño, ha regulado la preservación de las relaciones familiares. Estas últimas están conformadas por sentimientos de ayuda mutua, convivencia, socorro, asistencia, vale decir, afecto; todo lo cual define a una familia.

Sobre el particular, Varsi (2020), han mencionado lo siguiente:

El nuevo orden filiatorio, centrado en el garantismo constitucional y los valores fundantes de la República (dignidad, igualdad, libertad, y solidaridad social) implica funcionalizar la filiación a la realización

plena de las personas envueltas (padres e hijos), despatrimonializando el contenido de las relaciones jurídicas (comprendida de forma mucho más amplia de una simple causa de transmisión de herencia) y de prohibir discriminaciones como forma promocional del ser humano. (pp. 93-94)

En buena cuenta, las relaciones familiares, que inciden en la personalidad de las personas, reflejan identidad en las mismas.

4.4 El derecho de opinión en la niñez y adolescencia y su relación con la identidad

“Escuchar al niño no es simplemente oírlo, es considerarlo y pensarlo como una persona” (Grosman, 1998, p. 62). En efecto, coincidimos con lo expresado por la profesora Grosman, en el sentido que escuchar a una niña o niño, o tomar en cuenta la del adolescente, va más allá de la acción o del verbo “escuchar”, sino que implica la reafirmación de que dichas personas son sujetos de derechos; y a su vez, respetar, garantizar o fiscalizar sus derechos que le son propios, pero en una mancomunidad que los integra, dejando saber que en todo proceso o procedimiento que comprometa tales derechos, estos deben ser tratados como “asuntos humanos”, con participación activa, en la medida de lo posible, de los mismos.

Evidentemente, esto no es ajeno a nuestra legislación internacional y nacional. Así pues, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), establece que:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose

debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Se advierte que aquellos países que suscribieron y ratificaron la Convención sobre los derechos del niño, se obligan a garantizar la opinión de las niñas, niños y adolescentes en todo proceso o procedimiento en los que esté en conflicto sus derechos, debiendo considerarse su grado de madurez, previa formación de juicio propio.

De lo mencionado, se infiere que:

- a) Para garantizar la opinión de la niña, niño y adolescente, primero debe tratarse de una persona que está en condiciones de formarse un juicio propio, dado que de otra forma, no puede recabarse su opinión; a menos no en forma personal o directa, sino a través de su representante.
- b) Tales opiniones deben expresarse en cualquier tipo de proceso o procedimiento, con en el requisito que deben tratarse de vías en las que se esté discutiendo o tratando asuntos, intereses o derechos que les atañe, ya sea directa o indirectamente.
- c) La valoración de la opinión o expresión de las niñas, niños y adolescentes, se realizará en función a su edad o grado de maduración física y mental, esto es, en base al grado de

discernimiento, tomando como base, su edad. De ahí que, la valoración será considerable o prudente en función a lo antes indicado.

En el mismo sentido, el artículo 9 del Código de los niños y adolescentes (2019), regula 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. (p. 674).

Mientras que el artículo 85 del mismo cuerpo legal, establece que: El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

Como puede observarse, tanto a nivel internacional como nacional, la opinión de las niñas, niños y adolescentes es un derecho que les corresponde, lo cual pueden expresarlo en cualquier tipo de proceso o procedimiento en que se discutan sus derechos; lo que será tomado en cuenta o valorado conforme a su grado de madurez física y mental.

Sobre el particular, Petigiani (2009), sobre en qué casos deben ser oídos las niñas, niños y adolescentes, refiere que: “en todos aquellos que los involucren” (p. 218).

Interesante y curiosamente, también indica el mismo autor que: “Es que la necesidad de escuchar – en el sentido amplio que damos al término - al menor no depende de su edad y madurez, ni de su estado mental en sentido lato, sino de su consideración como persona” (2009, p. 217).

Vale decir, el autor resalta el hecho de escuchar a la niña, niño y adolescente, en cualquier etapa de su vida, por cualquier medio o expresión diversa, y en forma personalísima, es decir, sin recurrir a representantes.

Ahora bien, conforme a lo antes manifestado, no hay proceso o procedimiento en el que se discutan los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que estén exentos o excluidos de la garantía de expresar sus opiniones. Es por ello que procesos como los de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, tenencia, régimen de visitas, alimentos, adopción, restitución internacional, así como los derivados del régimen filial, como los de impugnación o negación de paternidad extramatrimonial y matrimonial, entre otros; deben respetar y garantizar las opiniones de dichas personas, debiendo valorarlas conforme su edad y grado de madurez, recabándolas de la forma más amplia posible en que se pueda expresar o manifestar una opinión o sentimiento.

De hecho, como ya se ha mencionado anteriormente, quién mejor que las niñas, niños y adolescentes para confirmar, reafirmar, determinar o escudriñar la identidad que mejor le favorezca o el ente familiar con el que se sienten identificados, pero claro está, valorando también otros aspectos o medios probatorios que surjan del proceso o procedimiento, teniendo siempre en consideración la afectividad como principio de toda relación familiar.

Esto último lo resaltamos en el sentido de que, si bien la opinión de la niña, niño y adolescente es sumamente relevante en todo proceso o procedimiento que les atañe, como lo es el de impugnación de paternidad, también lo es que esta no necesariamente es determinante, sino en

ocasiones referencial, dado que debe valorarse en forma conjunta y apreciación razonada por parte del juez o jueza, todo elemento de convicción del proceso, incluyendo una opinión libre, espontánea, informada, coherente, peritada, libre de vicios o alienaciones; lo que en todo caso, implica resolver la causa desde su mejor interés, incluso por encima de cualquier expresión.

En una apreciación similar a lo argumentado en el párrafo precedente, debe tenerse en consideración lo expuesto por la Corte Suprema, que estableció que:

Debe tenerse en cuenta que si bien lo expresado por los niños y adolescentes en un proceso de tenencia y custodia debe ser especialmente, apreciado por el juzgador, no menos cierto es que la decisión final debe tener como sustento, además de la opinión de estos, qué es lo más beneficioso para el desarrollo integral del niño, niña o adolescente (...). (Sala Civil Permanente, Casación 2067-2010-Lima. Lima, 26 de abril de 2011)

Cabe añadir, que la valoración de la opinión de las niñas, niños y adolescentes, independientemente de su edad, esto es, valoración de la expresión u opinión en el sentido más amplio posible, a tal punto de influir en la decisión final del proceso o procedimiento en el que se discutan sus derechos; no es exclusivo de nuestra legislación interna, sino que se desprende, en cierta forma, de diferentes legislaciones. Así pues, del documento de trabajo 2 de UNICEF (S/F), resaltando el artículo 6 de la Constitución de Finlandia, se indica que: “Debe permitírseles, de acuerdo con su madurez, influir en los asuntos que les afectan”, lo que para ese

Documento de trabajo, es “la consecuencia de ese proceso de escucha”. (p. 9)

Dicha influencia, lo observamos en diversos procesos o procedimientos de niñas, niños y adolescentes, como por ejemplo en el de adopción nacional e internacional. Sobre todo esta última que se rige por el “Convenio relativo a la protección del niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional” (1993), en cuyo artículo 40, sobre las condiciones para la adopción, se regula que:

1. Ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando éste sea necesario.
2. Se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño.
3. El consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y
4. El consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna. (p. 2)

4.5 El principio del interés superior de la niña, niño y adolescente, y su relación con la identidad y el afecto

En el capítulo del Marco Teórico, de algún modo, hemos indicado la relevancia del principio del interés superior de la niña, niño y adolescente, en la identidad de estos. No obstante, también es importante precisar, cómo el Estado, a través de sus distintas normativas, ha ampliado los alcances del referido principio. Tal es el caso del reglamento de la ley 30466, en cuyas normas, podemos identificar a algunas de ellas relacionadas con la identidad

y el afecto como derecho de dichas personas y que inciden en su personalidad.

4.5.1 Cuestiones relativas al Reglamento de la ley 30466

Con fecha 17 de junio de 2016, se publicó la ley 30466 – “Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño”, en cuyo contenido, básicamente se establecían los parámetros de aplicación de dicho principios, así como las garantías procesales. Asimismo, en la Segunda Disposición Complementaria Final, se dispuso que el Poder Ejecutivo reglamente dicha norma.

Es así que, con fecha 30 de mayo de 2018, se publicó el Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, Reglamento de la Ley 30466, que desarrolla mayores alcances de esta, precisando la actuación del Estado, en todos sus ámbitos, al momento de considerar al principio del interés superior de la niña, niño y adolescentes.

Así pues, para efectos de la presente tesis, mencionaremos las normas que a nuestro criterio, están relacionadas con la identidad y afecto en la niñez y adolescencia.

Art. 3.- Principios:

f) Participación y ser escuchado/a

Reconoce el derecho de la niña, niño y adolescente a ser informada/o de manera adecuada y oportuna, emitir opinión, ser escuchada/o y tomado en cuenta, en su lengua materna o a través de un intérprete, en todos los asuntos que les afecten. Este principio también implica participar en las decisiones que se toman en temas o asuntos públicos que les involucran o interesan.

No es extraño el hecho que se considere la participación y a ser escuchado, como derechos específicos de las niñas, niños y adolescentes; y para efectos del reglamento, como principios que deben ser tomados en cuenta en todo proceso o procedimiento que involucren intereses de ellos.

Resulta relevante desde el momento que, como parte del Principio del interés superior de dichas personas, se debe considerar su participación; por lo que, derechos como la identidad o afectividad, no están excluidos de valoración de las niñas, niños y adolescentes, materializados en lo que ellos expresen al respecto.

g) Autonomía progresiva

Se reconoce el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes de manera progresiva, de acuerdo a su edad y grado de madurez.

Cuando su grado de desarrollo no le permita ejercer sus derechos de manera autónoma, se realizan por medio de un/a representante, quien garantiza el interés superior de la niña, niño o adolescente. Para tal fin, el representante debe escuchar y tomar en cuenta la opinión de la niña, niño o adolescente.

Este principio está relacionado con el anterior, y con el hecho de que, conforme a la Doctrina de la Protección Integral, las niñas, niños y adolescentes son considerados sujetos de derecho con capacidad progresiva. En ese sentido, la participación y opinión que emitan ellos en todo proceso y procedimiento que los involucren, incluyendo los relativos a su identidad o vínculo filial

más idóneo, se considerarán de acuerdo a su edad y grado de madurez; lo que en ningún caso implica descartar su participación, sino que el contenido o sentido de sus expresiones, debe valorarse en consonancia a ese grado de madurez, y siempre bajo la directriz de su mejor interés.

Art. 4.- Enfoques:

c) Derechos

El Estado, la familia y la comunidad reconocen a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos y garantizan el ejercicio pleno de sus derechos para posibilitar el incremento de sus capacidades, garantizar su protección, ampliar sus opciones y, por lo tanto, su libertad de elegir. Establece que los derechos humanos se centran en la dignidad y el valor igual de todos los seres humanos. Y que son inalienables, irrenunciables, interdependientes e intransferibles, y deben ser ejercidos sin discriminación.

Los derechos de las niñas, niños y adolescentes se encuentran desarrollados en la Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante la Convención, y en sus Protocolos Facultativos, así como en la normatividad nacional y demás instrumentos internacionales.

Este enfoque reafirma que los asuntos en los que se ventilen o discutan derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes, deben ser tratados como Derechos Humanos, y como tal, analizados desde el valor-principio de la Dignidad Humana, así

como los derechos que emanan de la Convención de los derechos del niño.

Bajo esa perspectiva, los vínculos biológicos y afectivos como formas de identidad, deben ser analizados desde rangos constitucionales y supranacionales.

Artículo 8.- Elementos para la evaluación de circunstancias concretas de cada niña, niño o adolescente

8.1 Características de cada niña, niño o adolescente

Se consideran características evaluables de toda niña, niño y adolescente la edad, sexo, género, grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un pueblo indígena, originario, afroperuano o grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial, mental o intelectual y el contexto familiar, económico, social y cultural de la niña, niño o adolescente.

8.2 Identificación de elementos y otros factores concurrentes

Previamente cada operador debe identificar los elementos y otros factores pertinentes que concurren en las circunstancias específicas de cada niña, niño o adolescente o grupo de ellas o ellos en concreto.

Los elementos identificados como mínimo son los señalados en el artículo 9 del presente Reglamento y ponderados con arreglo a cada situación. En todos los casos cualquier autoridad competente, responsable de la toma de decisiones, debe considerarlos.

8.3 Ponderación de derechos

Se realiza mediante un adecuado análisis de la relación de preferencia entre los derechos que entran en conflicto. Cuando se trata de la propia niña, niño o adolescente, se prefiere aquellos que garanticen a largo plazo su interés y desarrollo de manera integral.

Tratándose de un grupo de niñas, niños o adolescentes, se analizan los intereses de las partes, caso por caso, para encontrar una solución adecuada; lo mismo se hace si entran en conflicto los derechos de otras personas con el interés superior del niño.

Resultan relevantes los elementos para la evaluación de las circunstancias concretas de las niñas, niños y adolescentes al momento de aplicar su mejor interés por parte de las autoridades competentes. Esto es así, debido a que uno de los elementos reposa en las características de ellos; y entre dichas características, hallamos la relacionada al “contexto familiar, social y cultural”.

En efecto, al momento de aplicar el principio del interés superior de la niña, niño y adolescente, uno de los factores a evaluar será el contexto familiar, social y cultural en el que se encuentran dichas personas. De ahí la importancia de evaluar la identidad y los vínculos biológicos y afectivos de tales personas, en consonancia con dichos contextos; como por ejemplo, las relaciones familiares sin la necesaria correspondencia de los vínculos genéticos.

De igual modo, dichas características son parte de las circunstancias específicas que deben ser analizadas por las autoridades competentes, y siempre ponderando sus derechos cuando estos colisionen con los de tercera persona.

Artículo 9.- Elementos para la determinación y aplicación del interés superior del niño

Para la determinación y aplicación del interés superior del niño, las entidades públicas y privadas deben evaluar como mínimo los siguientes elementos:

9.3 Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones

La familia es la institución fundamental de la sociedad y el medio idóneo para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de las niñas, niños y adolescentes. Las familias tienen la responsabilidad de generar un entorno que garantice su desarrollo integral y el ejercicio efectivo de sus derechos; y es deber del Estado brindar asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones.

(...)

Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres o con la persona que asume su cuidado de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. Esta regla se aplica a cualquier persona que asuma su cuidado y las personas con las que la niña, niño o adolescente tenga una relación personal estrecha.

(...)

9.4 Cuidado, protección, desarrollo y seguridad de la niña, niño o adolescente

Las autoridades y responsables de las entidades públicas y privadas garantizan el bienestar de la niña, niño o adolescente. El bienestar abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales, así como su necesidad de afecto y seguridad, que garantice su desarrollo integral.

Estas normas son de trascendental importancia, puesto que se evidencia que uno de los elementos para la determinación y aplicación del interés superior de la niña, niño y adolescente, es valorar el entorno familiar. En ese sentido, una de las formas de materializar el mejor interés de dichas personas, es evaluando el entorno familiar en el que se encuentran, ya que debe tratarse de un entorno en el que predomine el bienestar de las niñas, niños y adolescentes, su desarrollo integral; todo lo cual debe ser ejercido por los miembros de la familia, como los padres o tercera persona que prodigue dichos cuidados, puesto que se resalta ante todo los “vínculos estrechos” que se mantengan con estos.

Al respecto, dichos “vínculos estrechos” también se traducen como aquellos “vínculos de afectividad” que debe existir en toda relación familiar, como por ejemplo la filial; lo que en buena cuenta debe ser garantizado por el Estado; consecuentemente, se reitera la relevancia del afecto en las relaciones filiales como forma de identidad, y que debe ser valorado por las autoridades competentes, en consonancia con el principio superior de las niñas, niños y adolescentes.

CAPÍTULO V: LA PATERNIDAD SOCIOAFECTIVA

5.1 La afectividad y el Derecho de familia

5.1.1 La afectividad en las relaciones familiares

Las relaciones familiares son de las más diversas en la sociedad. Así pues, existen desde las más “primitivas”, “naturales”, “singulares” y/o “simples”, como la generación humana, es decir, en estricto sensu jurídico, la filiación; hasta las “compuestas” o “complejas” como las conformadas por personas que persiguen una finalidad u objetivo común: llámese unión de hecho o matrimonio.

En muchas de las relaciones filiales, por naturaleza, su esencia es el afecto entre sus miembros, ya sea el padre o la madre, o ambos, para con su hijo. Incluso, en algunos casos, el afecto se acentúa – como para llenar un vacío – a falta de un padre por diversas razones; y en ese caso, nos encontramos frente a las denominadas “familias monoparentales” o “monopaternal”; y como tales, la comunidad y el Estado deben protegerla de manera especial.

Así pues, el primer párrafo del artículo 4° de la Constitución Política del Perú (1993), establece que:

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 instituciones naturales y fundamentales de la sociedad. (La cursiva es nuestra).

Nótese, que la comunidad y el Estado protegen a la madre de manera especial. No es difícil pensar que ello es así, debido al mayor grado de indefensión social y económico (por lo menos en teoría) que conlleva estructuralmente su conformación, a diferencia de una familia nuclear, más amplia. Evidentemente, lo concluido se condice con dicha parte de la norma, dado que regula el “principio de protección o amparo de personas vulnerables”, o también conocido doctrinariamente como el “principio de protección especial a la niñez, maternidad y ancianidad en situación de abandono”.

En la realidad social, se observa como las familiares monoparentales – conformadas mayormente por las conocidas como “madres solteras” – surgen social y económicamente a base de esfuerzo en el trabajo, primando la solidaridad, auxilio o apoyo mutuo y afecto entre sus miembros. Suele pasar, que la consecución de sus fines se realiza mediante la ayuda de todos sus miembros. El afecto es imperante en dicha clase de familia, en dicha filiación biológica.

La generación humana, se puede realizar de manera natural o asistida. En ambos casos, la singamia (o unión de gametos) implica la generación de una filiación biológica. Sin embargo, la afectividad se evidencia aun más en el último caso.

En efecto, las técnicas de reproducción humana asistida (TERAS) persiguen generar descendencia o la perpetuación de la especie humana a través de técnicas de laboratorio.

Para el judaísmo y cristianismo, con ello se cumple lo ordenado por Dios, esto es, poblar o fructificar el mundo. Según la Biblia, en el versículo 28 del capítulo 1 del Libro Primero – Génesis, se indica: “Dios los bendijo, diciéndoles: Sean fecundos y multiplíquense. Llenen la tierra y sométanla. Tengan autoridad sobre los peces del mar, sobre las aves del cielo, y sobre todo ser viviente que se mueve sobre la tierra” (La Biblia, 2005, p. 6).

No obstante, se persiga o no algún dogma, lo cierto es que el objetivo de formar una familia de manera asistida, refleja de manera más clara o evidente el afecto que tienen sus “requerentes” o progenitores de formar una familia, incluso si se trata de una persona que se quiere beneficiar de gametos de un donante anónimo. De igual modo, el anhelo por generar filiación, y por ende, familia, se desvela o muestra de manera atrevida en esos casos. La afectividad en dichas situaciones particulares, no genera duda alguna.

No se está afirmando que, en situaciones como las mencionadas en los párrafos precedentes, exista más afectividad que en las filiaciones naturales. Evidentemente no; sin embargo, es más resaltante el motivo en estas últimas.

Ahora bien, las relaciones filiales no solo se generan de manera biológica, sino incluso, mediante un acto jurídico, lo que tiene amparo en nuestro ordenamiento jurídico: nos referimos a la institución familiar de la adopción.

Pese que en la conformación biológica de la persona adoptada, no media gen alguno de los adoptantes, es considerada como hijo, y por ende, beneficiario de todos los efectos jurídicos por su condición de tal.

En dicha relación jurídica, es notorio que la condición de hijo, nace de la voluntad, de un acto jurídico que conlleva intrínseca la decisión de formar familia, y lo cual trae aparejado, naturalmente, el amor o afecto entre sus miembros. La filiación legal o por adopción es uno de los mayores ejemplos de afectividad en las relaciones familiares, y que ha sido elevada a la categoría de institución familiar reconocida por la Constitución y la ley.

La afectividad en las relaciones familiares es latente, no solo de padres a hijos, sino también entre diversos miembros de una familia, ya sea amplia o compuesta. Así pues, en muchas ocasiones los lazos afectivos son tan o más fuertes, en las relaciones de abuelos a nietos, que entre los propios padres a hijos. Dicha relación familiar, incluso les permite adoptar a sus nietos.

Lo expresado en el párrafo precedente tiene sustento jurídico en el artículo 128° del Código de los Niños y Adolescentes, cuyo literal b) establece:

En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes: b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción.

Nótese, la importancia de la familia consanguínea o por afinidad al momento de adoptar.

Asimismo, el afecto se manifiesta aun más, en el literal c) del referido artículo, al establecerse que también puede adoptar: “El que ha prohiado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un período no menor de dos años”. Es claro que en este supuesto, una condición *sine qua nom* para el mencionado acto jurídico, es el prohiar o convivir con el niño, niña o adolescente por adoptar; lo cual lleva intrínseco o apareja la afectividad en dichas relaciones (la esencia de la convivencia o prohiamiento, es para nosotros, la afectividad).

En las relaciones familiares compuestas, como el matrimonio o la unión de hecho, ya sea de naturaleza heterosexual u homosexual, la afectividad también está presente.

Pareciese como si en las relaciones homosexuales se expresase el afecto de una forma superlativa; empero, quizá sea, porque no en todos los países está reconocido como entidad familiar dichas relaciones.

Las relaciones homosexuales que han sido reconocidas a la categoría de matrimonio o unión de hecho, son conocidas en doctrina como “Familias Homoafectivas”. Curiosamente, proviene de los vocablos “*homo*” y “*afectio*”, vale decir, “afecto entre iguales o semejantes”. Es públicamente conocida la lucha que han emprendido dichas personas para que su afecto tenga reconocimiento familiar.

Ahora bien, en nuestra legislación el matrimonio civil debe cumplir con una serie de requisitos para que sea considerado como “válido”, debe reunir los elementos que le son propios, a fin de evitar nulidades, los cuales se desprenden, en primera instancia, del artículo 234° del Código Civil, que regula lo siguiente:

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, *a fin de hacer vida común*. (La cursiva es nuestra).

Algunos de sus elementos intrínsecos, pueden ser debatidos; sin embargo, consideramos que el elemento, presupuesto o característica de “hacer vida común”, es esencial al mismo, y debe ser interpretado, no solamente como la persecución de fines económicos, sino también dotados de otros aspectos extrapatrimoniales, y donde prime el afecto. Ello es básico y esencial en toda forma compuesta de familia, como el matrimonio o unión de hecho. Teniendo en cuenta lo expresado, es crítico si la conformación del matrimonio se realizó para otros fines; empero, ello es materia de otro estudio o análisis.

En ese sentido, es común la afectividad en las relaciones familiares, a tal grado, que forma parte esencial de ellas.

5.1.2 La afectividad: Principio o característica en las relaciones jurídicas de carácter familiar

Es indudable hasta este punto que, la afectividad conforma las estructuras familiares, es un elemento o característica principal de la misma, e incluso hasta podría ser considerada un principio del derecho familiar - y hasta general – desde el momento en que dicha característica tiene como funciones: la de interpretar o integrar normas familiares, presupuestos que la doctrina ha considerado necesarias en todo principio.

Varsi (2020), indica como características de las familias, la universalidad, la influencia normativa, la importancia social, comunidad

natural, relación jurídica, y la plataforma afectiva. Con respecto a esta última, refiere:

Son los sentimientos humanos, identificados en la comprensión, amor, entrega, sacrificio aquellos que conforman la base en la que reposa la familia. La afectividad es la relación espiritual que une a las personas, es invaluable, incuantificable, su dimensión no es material sino, por el contrario, sentimental. Las relaciones humanas cargadas de afecto identifican a la familia sustancial, cuando se carece de emociones hablamos simplemente de la familia formal.
(p. 68)

Llama la atención, como para el autor, la familia carente de afecto, es meramente formal, esto es, no sustancial. La familia compuesta por afecto, es justamente familia en sentido estricto; *contrario sensu*, la familia desprovista de ello, es la familia formal o estructural.

Sobre los principios del Derecho de Familia, resulta ilustrativo, lo señalado por Parra (2008), al mencionar que los principios generales del Derecho y en especial del Derecho Civil son aplicable al Derecho de Familia (p. 43).

Para Varsi (2020), “los principios generales aplicables a las relaciones familiares son los principios de dignidad, libertad, igualdad y solidaridad que sostienen y protegen a la diversidad de las entidades familiares” (p. 322).

Ahora bien, más allá de los principios que inspiran el Derecho Familiar Peruano, como lo son: El principio de protección a la familia, de amparo de las uniones de hecho, o de unidad de la filiación; la afectividad, hoy por hoy,

debe ser considerada como tal, acorde al papel trascendental que importa en las familias.

La finalidad de la familia, no solamente es procrear o prohijar, o desembocar en la generación humana. En efecto, evidentemente aun es un fin de la humanidad en general, y de las familias; empero, no es el único, ni la finalidad en sí misma, puesto que con la evolución de la ideología socialista a individualista – en el plano de desarrollo personal y familiar (sin perder del todo lo primero) – la búsqueda del bienestar integral y consecución de fines comunes, es la pieza esencial en toda relación familiar, y todo lo cual, está cimentado o sostenido por la afectividad de sus miembros.

Será por eso, que la doctrina comparada expresamente considera a la afectividad como un principio más del derecho familiar. Varsi (2020) realiza una lista de doctrina comparada que reafirma a la afectividad como principio. Entre otros, los siguientes:

Rodrigo Da Cunha Pereira:

- 1) Principio de dignidad humana.
- 2) Principio de monogamia.
- 3) Principio del mejor interés del menor y adolescente.
- 4) Principio de igualdad y respeto de las diferencias.
- 5) Principio de autonomía y menor intervención estatal.
- 6) Principio de pluralidad de formas de familia.
- 7) Principio de afectividad.

Rolf Madaleno:

- 1) Principio de la dignidad de la persona humana en el Derecho de Familia.
- 2) Principio de igualdad.
- 3) Principio de la autonomía de la voluntad.
- 4) Principio de la libertad.
- 5) Principio de la solidaridad familiar.
- 6) Principio de la diversidad familiar.
- 7) Principio de la afectividad.
- 8) Principio de la igualdad de la filiación.
- 9) Principio de protección de la prole.
- 10) Principio de la protección del anciano.

Paulo Lobo

Principios fundamentales:

- 1) Dignidad de la persona humana.
- 2) Solidaridad.

Principios Generales:

- 1) Igualdad.
- 2) Libertad.

- 3) Afectividad.
- 4) Convivencia familiar.
- 5) Interés superior del niño.

Estatuto de las Familias

- 1) Dignidad de la persona humana
- 2) Solidaridad familiar.
- 3) Igualdad de género, de hijos y de las entidades familiares.
- 4) Convivencia familiar.
- 5) Mejor interés del niño y del adolescente.
- 6) Afectividad. (pp. 371-379).

Como puede observarse, hay cierta doctrina comparada que considera como un principio más del Derecho de Familia, a la afectividad, tanto como la unidad de la filiación o pluralismo familiar.

Un principio es relevante, básico y estructural en cualquier campo del Derecho, al ser una directriz, guía o pauta de interpretación y control legislativo. El principio en cualquier materia o temática, implica lo sustancial o inherente a esta. La protección de la familia yace de la importancia del fin de esta para con la sociedad y el Estado, y por ende, merecer ser protegida. De igual modo, la afectividad es una pieza angular en toda familia, por ser parte natural en la conformación de la misma; o por lo menos, es un fin que se pretende alcanzar en toda entidad familiar, la que por definición (y en su mayoría en el campo empírico), está conformada por dicha característica.

Consecuentemente, debe ser entendida y exigida como principio de la familia, y del Derecho de Familia.

5.1.3 La afectividad en el vínculo filial

5.1.3.1 La afectividad en la filiación biológica

En una concepción tradicional, según refiere Vila-Coro (1995), “la filiación está determinada por la paternidad y maternidad de manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación” (p. 154).

A su vez, y sobre la procreación, Varsi (1999), ha indicado que:

Mediante la procreación, el hombre y la mujer perpetúan su especie (mandato divino) pero a su vez satisfacen el instinto natural de preservar su nombre, tradiciones, costumbres y modos de vida (desarrollo personal). Jurídicamente, la procreación genera un sujeto de derecho al que el ordenamiento social le debe la más amplia protección, siendo la primaria el establecer sus vínculos parentales del que surgen los derechos y deberes de los padres para con los hijos. (p. 34)

La filiación biológica es el hecho natural de engendrar a un nuevo ser humano, de fecundar y alumbrar a una persona, ya sea mediante forma natural o asistida. Es el hecho generador de la especie humana, y como tal, es la primera fuente de protección del Estado y la sociedad, a través de la Constitución y las leyes.

No por eso, es imperativo que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece; y naturalmente, una primera forma de otorgarle

derechos, es el relacionarse con un padre y una madre, formar un vínculo con los mismos.

Ahora bien, para que el hecho generador o biológico, tenga respaldo jurídico, debe acreditarse la relación filial biológica; y esto, a fin de producirse todos los efectos propios de la filiación. Razonablemente, en el caso de la maternidad, la prueba es sencilla, por tratarse del hecho natural del alumbramiento; sin embargo, en el caso de la paternidad, se tiene que recurrir a pruebas científicas, a actos jurídicos como el reconocimiento, o determinarse mediante sentencia.

Conforme a lo antes expresado, si bien se puede pensar que lo biológico apareja lo jurídico, también lo es que ello no siempre es así. En efecto, existen diversas causas por las cuales no coinciden ambos vínculos, y por ende, en algunos casos no se producirán efectos jurídicos; mientras que en otros, sí.

Sobre el particular, Varsi (1999) refiere que la filiación “puede constituirse sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción) o existir hecho biológico y no filiación (procreación sin filiación: expósitos) o no existir una procreación propiamente dicha y una filiación por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada)”. (p. 35)

Es relevante, entonces, que la filiación biológica para que surta los efectos que le son propios, tenga relevancia o alcance jurídico, es decir, esté probada o acreditada la paternidad y maternidad.

Todos nacemos de personas a través de la fusión de materiales genéticos (por lo menos hasta ahora), sea natural o asistidamente; sin embargo, ello no es suficiente para generar vínculos jurídicos; en otras

palabras, la procreación – pese a su obvia relevancia – necesita de un estado filial para emanar efectos jurídicos a cabalidad (por lo menos, en la relación padre-hijo). Dicho de otro modo, la filiación biológica debe tornarse a su vez jurídica de la forma antes indicada.

La dificultad radica en que no siempre la filiación biológica se torna jurídica, al no poder atribuir paternidad a una determinada persona (sobre todo en el caso de los padres, que es más notorio por naturaleza).

Así pues, el citado último autor, refiere que:

Existen, asumiendo esta posición, dos cuestiones elementales en lo que atañe a la filiación, a saber: el hecho biológico de la procreación y el acto jurídico de la prueba. Estos dos presupuestos básicos relacionados con la filiación sientan sus bases en las ciencias biológicas, las que tienen como regla evidente el hecho de que cada hijo tiene necesariamente un padre que lo fecundó y una madre que lo alumbró. Sin embargo, para el derecho puede carecerse de uno de ellos o de los dos porque la procreación es un efecto productor de efectos jurídicos, pero entre éstos no está necesariamente la atribución de un estado de filiación. No siempre existe, por tanto, una correlación exacta entre la paternidad jurídica y la paternidad biológica aun cuando el derecho trate de apoyar la primera en la segunda, esforzándose porque ambos conceptos concuerden. (Varsi, 1999, 36).

Lo anhelado por el Derecho es investigar la paternidad de un nuevo ser humano (o de una persona en general), contando en la actualidad con pruebas científicas que se basan en la certeza, y ya no en simples

presunciones; por lo tanto, a partir de ahí, la filiación biológica se condecirá con lo jurídico; y consecuentemente, se generará una filiación que producirá todos sus efectos a cabalidad, cumpliéndose con el mandato de protección especial, a las niñas, niños y adolescentes.

Ahora bien, resulta curioso que no siempre la filiación jurídica se va a corresponder con la biológica, es decir, que en el estado de filiación, la relación o vínculo existente entre “padres” e “hijos”, va a tener como antecedente, la herencia genética entre los mismos. Sin embargo, si existiese correspondencia entre ambas filiaciones, resultaría adecuado; pero no siempre lo ideal.

Lo manifestado en la última parte del párrafo precedente, tiene sentido desde el momento en que no es lo mismo “progenitor” que “padre”, resultando esto último lo más conveniente o ideal para el *filius*.

Es claro que la afectividad se manifiesta en el padre, y no en el progenitor; empero resulta adecuado si la condición del primero recae sobre el segundo. En esos casos, estaríamos frente a una afectividad en la filiación biológica (se entiende acreditada).

Cuando un padre ejerce la patria potestad de su hijo, es decir, materializa cada uno de los atributos de la misma, primando el afecto en su vínculo, resulta que dicha condición trasciende a la de progenitor, y por lo tanto, el principio de afectividad es cumplido.

La afectividad en la filiación biológica jurídica, no solo se expresa cuando ya está conformada esta, como por ejemplo al cumplir los deberes inherentes a la condición de padre; sino incluso, cuando dicha relación está en potencia o en proceso de generación. Piénsese, en los procesos de

impugnación o reclamación de la paternidad extramatrimonial, en los que se observan situaciones por las cuales una determinada persona reclama la paternidad de quien considera su hijo. Si bien es cierto, no se puede concluir de manera efusiva la afectividad en dichas acciones filiatorias; también lo es que se presume la existencia de la misma y/o, en todo caso, la expectativa de su materialización, acorde con la naturaleza de los mencionados procesos.

En todos los casos, la afectividad en el progenitor y padre para con su hijo procreado y afectivo, debe primar y priorizarse; más aun si resulta adecuado, a fin de buscar una coherencia con las descendencias producto de las relaciones personales, esto es, “inmediatez o consecuencias de relaciones interpersonales” (por llamarlo de algún modo).

Sobre esto último, resulta interesante, la clasificación o grados de paternidad, a que hace alusión Vila-Coro (1997), al indicar lo siguiente sobre una de ellas:

Paternidad Plena: El padre es aquél que ha engendrado al hijo (padre biológico) y tiene una relación jurídica con la madre (matrimonio o concubinato) que le otorga la calidad de *padre legal*. Tiene una presencia física en el hogar, en el desarrollo del niño, y ejerce los derechos y obligaciones paterno-filiales. Es el caso de una paternidad absoluta o completa en la que no existe disociación entre el aspecto biológico y el legal. (pp. 77-86)

Sobre lo base de lo antes expuesto, se concluye entonces, que la afectividad en la filiación que se condice con lo biológico, no es otra cosa, que una *paternidad plena*...y eso, en el tiempo actual, debe celebrarse.

5.1.3.2 La afectividad en la filiación socioafectiva

La afectividad se materializa con muestras de afecto, se expresa a través de conductas humanas destinadas al bienestar integral de una persona. El amor, cariño, trato, y en general, toda muestra afectiva, conforma la misma.

Como se ha indicado en el sub título anterior, si la afectividad está presente en la paternidad biológica, entonces estamos frente a una “plena”; sin embargo, el afecto no siempre concuerda con el vínculo biológico; y esto por diversos motivos.

En efecto, hay variados casos en los cuales no concuerdan ambas situaciones. Piénsese, cuando un padre biológico (progenitor) nunca reconoció a su hijo (procreado), por diversos factores; y por el contrario, este fue reconocido por una tercera persona que le prodigó afecto, amor, lo trató como hijo, para su familia y frente a la sociedad. Piénsese a su vez, en los casos por los cuales una madre interpone demanda de declaración de paternidad extramatrimonial contra el presunto padre biológico, empero este acciona a fin de que no se genere un estado filial; y por el contrario, existe una tercera persona que trata al niño o niña como su hijo. Piénsese asimismo, en casos por los cuales, un padre afectivo pretende impugnar su propia paternidad, por diversas razones, pese a haberse generado un vínculo afectivo y jurídico lo suficientemente relevante, y no se tenga conocimiento del padre biológico, o este no quiera asumir su paternidad.

En dichas situaciones, en el caso de los dos primeros supuestos, nos encontramos frente a una paternidad socioafectiva, cimentada en la convivencia familiar, y que colisiona con vínculos genéticos o biológicos en

los que no impera afecto alguno. En el último supuesto, si bien el afecto – aparentemente – ya no es fuente del estado filial, también lo es que la misma ya se generó o nació; y si bien es cierto no se mantiene, también lo es que es lo suficientemente relevante para mantener el estado filial, más aun si el padre biológico no confronta ello. Evidentemente, todo dependerá del caso en concreto, y conforme a los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Como se observa, en esos casos, la afectividad está o estuvo presente en la relación filial, más que en el vínculo biológico; dado que se mantuvo los lazos familiares entre personas que se tratan como padres e hijos; lo que en definitiva debe ser tomado en cuenta a la hora de establecer o determinar un vínculo filial.

Lo mencionado en el párrafo precedente, no es ajeno a la legislación civil vigente. Basta con recordar el inciso 2 del artículo 402° del Código Civil (1984), que regula:

Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial. **Artículo 402°.-** La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: 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, comprobados por actos directos del padre o de su familia.

Hasta el día de hoy, dicha normativa sigue vigente; sin embargo, con el devenir de los años, y las modernas técnicas para investigar la paternidad, dicha causal de paternidad extramatrimonial, fue abriendo paso a la prueba

científica de ADN, dado que es la que mejor refleja la “identidad” de una persona.

En efecto, hasta antes del año 1998, las causales de paternidad extramatrimonial se basaban exclusivamente en “presunciones”, y no en “certezas”. Nótese la citada causal, es decir, basta que se pruebe que una persona estuvo en posesión constante de estado de hijo, para que quien le prodigó dicho estado, sea declarado como padre, sin importar si existe o no vínculo biológico.

Pareciera extraído de un cuento de hadas o de una producción cinematográfica, el declarar a una persona como padre de otra, por el hecho de haberse comportado como tal, pese a no existir vínculo genético. ¡Triunfa las apariencias por encima de las verdades biológicas! ¡Es un final feliz! Quizá – con sarcasmo – pudieron haber pensado esto miles de personas que no les unía material genético alguno con las niñas, niños y adolescentes.

Sobre la base de lo antes expresado, surgió, a raíz de la promulgación de la Ley N° 27048, una nueva modalidad o causal para declarar la paternidad extramatrimonial...sí, así es, nos referimos a la prueba científica del ácido desoxirribonucleico, “ADN” (para familiarizarse de una forma amigable).

Resultaba del todo razonable y lógico, que para declarar la paternidad extramatrimonial de una persona, debe obedecer a cánones eminentemente objetivos – por la trascendencia del acto (se genera un estado filial, y por ende, familia) – y no por “corazonadas” o “actitudes altruistas”.

Consecuentemente, a partir de la dación de la “ley del ADN”, la paternidad extramatrimonial, se determinó por “certezas”, y no “presunciones”.

La certeza de la prueba del ADN es tal, que permite acreditar un vínculo biológico entre procreante y procreado, que supera el 99.9 % de fiabilidad. Evidentemente, dicha causal, hasta la fecha, es la que por excelencia acredita un vínculo biológico entre dos personas, y eventualmente, genera un vínculo o estado filial.

No obstante lo manifestado ¿es garantía que el vínculo biológico - acreditado eficazmente por la prueba de ADN – entre progenitor y procreado, genere un lazo afectivo? No necesariamente.

Como se ha indicado, existen diversas situaciones en las cuales no existe afectividad en los padres biológicos, lo que conlleva a que no reconozcan a sus hijos, o impugnen su paternidad. No obstante, por el contrario, hay casos en los cuales, fluye la afectividad en las relaciones familiares, específicamente, de padres e hijos, pese que no media entre los mismos, vínculo biológico alguno, pero que, sin embargo, hay identificación en su relación.

La identidad familiar, la identidad de padre e hijo, no es consecuencia del material genético que comparten, sino justamente, está compuesto de las vivencias familiares, o la convivencia familiar propia de su naturaleza. Está compuesta por el trato que cada uno se prodiga de manera recíproca, y que con el devenir de los años, se ha cimentado fuertemente. La afectividad es presupuesto de esa identidad.

Sobre la base de lo antes expuesto, ya no resulta razonable ni lógico mantener una “identidad” o un estado filial, sobre la base exclusiva del

compartimiento de genes. Ya no resulta descabellado pensar que la posesión constante de estado al reflejar la afectividad e identidad entre sus miembros, es el presupuesto o causal ideal para generar una filiación.

De ahí, el renacimiento de la posesión constante de estado. Primero, desterrado por el señorío y pseudo soberanía del biologismo, hasta su actual reivindicación producto de la identidad dinámica de las personas, de la afectividad como presupuesto filial, y en general, de la axiología del Derecho; no formalismos; lo esencial o sustancial debe primar.

Sobre el particular, Varsi (2020) ha mencionado que:

La posesión de estado en materia de filiación se refiere a la situación fáctica en la que una persona disfruta el estatus de hijo en relación a otra independientemente que esa situación corresponda a una realidad legal o biológica. El estado de filiación se identifica en cuanto existan componentes como (i) tractatus (...) (la persona es tratada por los padres ostensiblemente como hijo, y esta los trata como padres; (ii) nomen (la persona tiene el nombre de familia de los padres) y (iii) fama (imagen social y reputación: la persona es reconocida como hija de la familia y por la comunidad, siendo así consideradas por las autoridades). (2020, p. 710).

Por su parte, Fujita (2011) refiere que “la posesión del estado de hijo se manifiesta por la conducta de las personas, al asumir y realizar las funciones de padre o madre en la educación y la protección de otras personas consideradas como sus hijos” (p. 79).

Enfatizando las ideas expresadas, De Assis (2012) concluye que:

La paternidad, bajo la noción de la posesión de estado de hijo, que se encuentra en las últimas reformas de la legislación internacional, no está basada en el nacimiento; es un acto de la voluntad que se consolida en el campo de la afectividad y para algunos pone en cuestión, en tela de juicio diríamos, tanto la verdad jurídica como la certeza científica en el ámbito del establecimiento de la filiación. (p. 117)

Se aprecia entonces, la afectividad en la posesión constante de estado, como presupuesto para la generación de filiación; evidentemente, la de tipo socioafectiva.

5.2 La socioafectividad en la legislación comparada

5.2.1 Argentina

La legislación argentina regula en forma directa e indirecta la socioafectividad en las relaciones familiares. En ese sentido, resulta ilustrativo lo mencionado por Krasnow (2019), al hacer mención al actual Código Civil y Comercial argentino vigente desde el 01 de agosto de 2015, indicando lo siguiente:

En sintonía con lo expresado, el método adoptado responde a su espíritu, al incluir un título preliminar en el que se refleja su impronta constitucional y convencional en los arts. 1° a 3° con el complemento de los principios reconocidos en los artículos 9° a 14° (...). La descripción que precede se visualiza en toda la extensión que se asigna al libro segundo “Relaciones de familia”. En su interior se contemplan los institutos atendiendo a la protección de la persona sin importar el proyecto de vida que cada uno elija. Desde

esta visión que atiende a la pluralidad y el respeto a la diversidad, se regulan los institutos considerando las distintas formas de vivir en familia que coexisten hoy; situación que motiva referir al “derecho de las familias” en reemplazo de su denominación tradicional “derecho de familia”. La apertura expuesta abre las puertas a la inserción de la socioafectividad y con ello resultan amparadas las relaciones familiares sustentadas en vínculos significativos que no siempre se completan con lazos de parentesco, sino que encuentran su fuente en el afecto. (Párr. 2-4).

En ese sentido, cabe destacar algunos artículos de los mencionados:

Artículo 1°.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Artículo 14°.- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. (Código Civil y Comercial argentino, 2015)

Asimismo, se advierte normas específicas en materia de socioafectividad, como lo indica la misma autora, haciendo alusión a la Ley

Nacional 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y su reglamento 415/2006:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quienes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley [...] (art. 11, Ley N° 26.061). Se entenderá por 'familia o núcleo familiar', 'grupo familiar', 'grupo familiar de origen', 'medio familiar comunitario', y 'familia ampliada', además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección [...] (art. 7, Dec. 415/2006). (Krasnow, 2019).

En el mismo sentido, la autora hace referencia a la Ley Nacional 26.657 sobre salud mental, en cuyo artículo 7, se indica:

El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos: [...] b) Derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia; [...] e) Derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe; [...]. (Krasnow, 2019).

5.2.2 España

Las referencias españolas respecto a la socioafectividad son mínimas y se infieren o interpretan por extensión. En ese sentido, es pertinente tener en cuenta lo establecido en la Constitución Española (1978), en cuyo artículo 10.1, se indica que: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Asimismo, en su artículo 39.2, se menciona que: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad” (Constitución Española, 1978).

En efecto se parte de la dignidad de la persona humana como principio-valor, inherente a todo ser humano, por el solo hecho de serlo, a partir del cual todos los derechos fundamentales encuentran su antecedente, y se ejercen. En ese sentido, la identidad como derecho fundamental, que implica la individualidad de la persona, diferenciándola en sociedad, se funda también en su dignidad; por ende, no puede ser ajeno, las vivencias familiares como una expresión de identidad; puesto que lo contrario, sería vulnerarla.

Del mismo modo, la Constitución española, al igual que la nuestra, garantiza la investigación de la paternidad, lo que en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, debe tratarse de una paternidad

responsable, lo que no necesariamente recae en el padre biológico, sino también en el afectivo.

5.2.3 Chile

En lo que respecta a Chile; sin embargo, existe normativa que trata la filiación socioafectiva al hacer mención a la “**posesión constante de estado**”, pero a tal punto de considerarla por encima del vínculo biológico, al menos como regla general. Así pues, el artículo 201 del Código Civil chileno (1855), regula que:

La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras. Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico. (El resaltado es nuestro).

Resulta relevante y peculiar la normativa chilena, puesto que en esencia hace alusión al conflicto entre los vínculos afectivos y biológicos al momento de determinar la identidad de las niñas, niños y adolescentes, que es materia del presente trabajo, para luego concluir que se preferirá la primera si se opone o contradice con la segunda. Si bien lo establece como regla general, también lo es que es el primer criterio a tener en cuenta en dichos casos.

5.2.4 Uruguay

La legislación uruguaya también hace alusión a la afectividad en la filiación, al referir límites a la legitimidad en la impugnación de paternidad, basado en la posesión constante de estado. Así pues, el artículo 220 del

Código Civil (1994) (modificado por la ley 17.823 – Código de la niñez y adolescencia), establece que:

De faltar la posesión de estado de filiación legítima aun cuando exista su título, la acción de desconocimiento de paternidad podrá ser intentada indistintamente por la madre, por un curador "*ad litem*" que actúe en representación del hijo, por el padre biológico que manifieste su ánimo de reconocerlo o por el hijo al llegar a la mayoría de edad. La madre y el padre biológico no podrán accionar una vez que su hijo haya llegado a la mayoría de edad. En ausencia de posesión de estado de filiación legítima, la acción será imprescriptible para el hijo. (El resaltado es nuestro).

5.2.5 Francia

La normativa civil de Francia, regula ciertas normas interesantes en relación a la posesión constante de estado. Así pues, el artículo 333 regula lo siguiente:

Cuando la posesión de estado sea conforme con el título, tan solo podrán actuar el hijo, uno de sus progenitores o la persona que afirme ser su verdadero progenitor. La acción prescribirá a los cinco años de la fecha en que hubiese cesado la posesión de estado o fallecido el progenitor cuyo vínculo de filiación se impugne. A excepción del Ministerio Fiscal, nadie podrá impugnar la filiación cuando la posesión de estado, conforme con el título, se hubiese prolongado durante al menos cinco años desde el nacimiento o el reconocimiento, cuando este se efectuase de forma posterior. (El resaltado es nuestro) (Fernando, 2015).

Lo regulado en la última parte del párrafo precedente, resulta más que interesante, dado que notamos la relevancia que la legislación francesa le otorga, en cierta forma, a la posesión constante de estado (afectividad en la relación filial), dado que limita la legitimidad para impugnar la filiación, si es que se advierte que dicha posesión se ha prolongado en el tiempo, como el plazo de cinco años; lo que en buena cuenta, implica la relevancia que se le otorga a dicha institución, incluso por encima de relaciones objetivas como la biológica.

5.2.6 Brasil

La normativa brasileña hace alusión en forma directa e indirecta a la socioafectividad en las relaciones familiares, como por ejemplo se desprende del artículo 1584 del Código Civil brasileño; sin embargo, es la dogmática y jurisprudencia que se ha encargado de desarrollarla. Así pues, en el siguiente apartado se ahondará al respecto.

5.3 Consideraciones sobre la legislación brasileña en materia de Filiación, Patria Potestad y Tenencia

Es pertinente tener en cuenta, a grandes rasgos, el tratamiento de la legislación brasileña respecto a las instituciones de Filiación, Patria Potestad y Tenencia, más aún si se tiene en consideración los pronunciamientos jurisprudenciales brasileños que se precisarán en el siguiente capítulo.

En ese sentido, respecto a la filiación y la paternidad socioafectiva, se parte por considerar lo establecido en la Constitución Federal de Brasil de 1988, al establecer en su artículo 1 que: “La República de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos:

(...) 3. La dignidad de la persona humana”. Así también, el artículo 5, que regula que: “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad (...)”.

Del mismo modo, el inciso 7 del artículo 226 de la Constitución Brasileña (1988), establece que: “La familia base de la sociedad, es objeto de especial protección por el Estado (...). 7. Fundado en los principios de dignidad de la persona humana y de paternidad responsable (...)”; añadiendo en el artículo 227 que: “Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho (...) a la dignidad, al respeto, (...) y a la convivencia familiar y comunitaria, además de protegerlos de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión”

Sobre la base del párrafo precedente, Berenice (2009), refiere que:

La Constitución Federal del Brasil, al dar primacía a la dignidad de la persona humana y consagrar los principios de la igualdad y de la solidaridad, ha reconocido el afecto como una realidad digna de tutela. Elevada la afectividad a condición de categoría jurídica, han sido establecidos nuevos paradigmas en la identificación de las entidades familiares y de los vínculos de filiación (p. 83).

Asimismo, el Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA) de Brasil (1990), en su artículo 4, refiere que:

Es deber de la familia, de la comunidad, de la sociedad en general y del Poder Público, asegurar, a los niños y a los adolescentes, con

absoluta prioridad, la efectividad de los derechos a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al deporte, al ocio, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria”; mientras que el artículo 6 establece que: “En la interpretación de esta ley se llevarán en cuenta los fines sociales a que se dirige las exigencias del bien común, los derechos y deberes individuales y colectivos, y la condición peculiar del niño y del adolescentes como personas en desenvolvimiento”.

Por otro lado, el Código Civil Brasileño de 2002, en lo que respecta a filiación y patria potestad, contiene normas bastante similares a nuestra normativa; sin embargo, resulta relevante destacar algunas normas. Así pues, el artículo 1593 regula que: “El parentesco es natural o civil, conforme resulte de consanguinidad u otro origen”.

A su vez, respecto a la tenencia o guarda, el artículo 1584, inciso 5, establece 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” (modificado por ley N° 11.698, de 2008)⁵.

Al respecto, se advierte que en general, las normas sobre filiación, patria potestad y tenencia son muy similares a las nuestras; es por ello, que se han precisado las que de algún modo tienen incidencia en el tratamiento de la paternidad socioafectiva, materia de la presente tesis. Así pues, las

⁵ Al respecto, las normas del Estatuto del Niño y Adolescente y del Código Civil mencionadas, traducidas, se extraen de: Berenice (2009), pp. 83 y 85.

normas brasileñas se basan, en esencia, en la dignidad de la persona humana, igualdad y convivencia familiar, para sustentar la filiación basada en afecto; sin perjuicio, de considerar normas más específicas, como las del Código Civil, al regular que la filiación puede tener un origen distinto al consanguíneo; o así también, que la guarda (“guardia”) o tenencia, puede ser ejercida por tercera persona distinta al padre o madre, basada en lazos de afinidad y afectivos.

De hecho, es la doctrina y jurisprudencia brasileña la que ha desarrollado con amplitud la institución de la paternidad socioafectiva, sobre la base de dicha legislación, que en estricto, no la desarrolla, ni le otorga un tratamiento amplio; y más que todo, la regulación es indirecta. Teniendo en cuenta esto último, es también dable el desarrollo de dicha institución en nuestro país, dado que nuestra normativa es similar; incluso a nivel constitucional, también se tiene como principio supremo la dignidad humana; y del mismo modo, se prioriza la paternidad responsable.

5.4 Sobre la multiparentalidad

Si bien es cierto no es materia directa de la presente tesis, también lo es que evidentemente tiene relación con la afectividad.

En efecto, es usual considerar a la relación filial como una relación natural o legal entre padres e hijos que genera tanto derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, esto es, aquella relación jurídica conformada por el binomio: “padre-madre e hijo (a)”.

La relación jurídica que vincula a padres e hijos tiene como base la naturaleza (biológica) o la ley (adopción); sin embargo, conforme los hechos contemporáneos o relaciones familiares actuales, una tercera fuente de

filiación adquiere cada vez mayor relevancia. Nos referimos a la Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS). Asimismo, estudiando la institución filial de manera más amplia, advertimos más casos referidos al tema de nuestra tesis, es decir, que la relación filial no es exclusiva del vínculo biológico; y que por lo tanto, el afecto como principio estructural de las relaciones familiares, también genera filiación, reflejando identidad.

No obstante, en todos esos casos, el binomio se mantiene, ya sea que se trate de una paternidad socioafectiva, biológica, adoptiva, por alumbramientos regulares o solidarios. En tales situaciones, el hijo o hija se relaciona con un solo padre o madre, y no con más de dos.

Al menos eso se creía hasta hace unos años. Reflexionar y considerar lo contrario, implica ingresar al campo de la pluri o multiparentalidad, vale decir, a la relación jurídica entre un hijo con más de dos padres o madres (o ambos).

En ese sentido, sostener que la paternidad socioafectiva excluye en forma tajante a la paternidad biológica, no es una afirmación tan simple de concluir, si es que tenemos en consideración la posible convivencia de más de una paternidad o maternidad.

Lo esgrimido precedentemente, se apoya en la resolución RE 898.060-SC del Supremo Tribunal Federal de Brasil, del 22 de setiembre de 2016, que concluyó que: “La paternidad socioafectiva, declarada o no en registro público, no excluye el reconocimiento de la relación jurídica concomitante basada en el origen biológico, con sus consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales”.

Lo curioso del caso es que la adolescente que solicita se reconozca su filiación biológica, tiene 16 años de edad, y añade que se anule el registro que contiene su paternidad socioafectiva; es por ello, que el padre biológico se opone, argumentando que la afectividad ya se generó, y en todo caso, solo tendría derecho al conocimiento de los orígenes biológicos. A pesar de lo requerido, el Supremo Tribunal de Brasil falló declarando un sistema mixto de paternidades, es decir, la existencia de paternidades concomitantes, tanto afectivas como biológicas.

Al respecto, Varsi y Chávez (2018), refieren que:

Esta idea, sin embargo, no es suficiente para vencer por todo a la biología o a la información genética. Al revés, la tendencia actual es la de articular las relaciones sociales con las biológicas, cuando no está en tela de juicio el uso de las técnicas de reproducción asistida. En otras palabras, el hecho que un padre socioafectivo ha asumido la responsabilidad que cabría el padre biológico, no sirve para salvar a este de su responsabilidad original (...). La filiación no debe más ser encuadrada en una lógica de “dos padres y no más”, este paradigma no es inalterable. No hay necesidad de eliminar o sustituir a un padre para que el otro tenga asegurado su lugar – y las responsabilidades resultantes – en la vida del hijo. (Párr. 52 y 54).

A su vez, los mismos autores, citando también al Procurador General de la República de Brasil, Rodrigo Janot, en relación a la citada resolución suprema, indican lo siguiente:

En su opinión, hay un lugar privilegiado para la autonomía privada del hijo en el contexto del reconocimiento de la paternidad. Depende de él definir en qué límites la existencia previa de la paternidad socioafectiva es obstáculo para la creación de la nueva conexión biológica. Hacer prevalecer el vínculo biológico sobre el afectivo sería crear una situación de injusticia, ya que se trata de una cuestión de fuero íntimo, no correspondiéndole al Estado decidir cuál vínculo debe propender sobre el otro de manera universal. (Varsi Rospigliosi, Marianna Chávez, 2018).

Es pertinente resaltar la relevancia que se le otorga a la autonomía de la voluntad de la adolescente, lo que se materializa al expresar sus opiniones, solicitudes y/o argumentos, lo que al fin y al cabo es un derecho fundamental específico en la niñez y adolescencia.

No obstante, justamente bajo la misma premisa, puede evadirse el reconocimiento del vínculo biológico. Al respecto, Morales (2019), hace referencia al caso de Evelyn Vásquez, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, indicándose lo siguiente

Desde su perspectiva, la medida representa una inadmisibles intromisión del Estado en su esfera de intimidad, que lesiona su derecho constitucional a la integridad física, al obligarla a tolerar una injerencia sobre su propio cuerpo en contra de su voluntad. Al mismo tiempo, afecta su dignidad pues no respeta su decisión de no traicionar los intensos lazos afectivos que mantiene con aquellos que la criaron y a quienes sigue viendo como si fueran sus auténticos padres. (2019, p. 183).

Por otro lado, la multiparentalidad también se observa en las familias estructuradas por técnicas de reproducción humana asistida. Así pues, Enrique Varsi y Chávez (2018), mencionan ciertos casos, como los siguientes:

En Argentina, en abril de 2015, Antonio fue el primer hijo de tres padres reconocidos. Fue suficiente una petición administrativa para que le fueran reconocidos sus dos madres y su padre, un escenario que rompe con el paradigma binario de la familia tradicional. Con el apoyo de la FALGBT y la Defensoría LGBT, obtuvieron por primera vez en el país gaucho este reconocimiento, en el Registro Provincial de Personas de Mar del Plata. En julio del mismo año, la escritora y periodista Marta Dillon, la cineasta Albertina Carri y el diseñador Alejandro Ros, obtuvieron en el registro civil de la ciudad autónoma de Buenos Aires la rectificación de la partida de nacimiento de Furio, su hijo de seis años, en la que se reconoce la pluriparentalidad, el segundo caso de Argentina. Los dos casos argentinos refieren a parejas de lesbianas en que el donante no quería ser mero cesionario del material genético, sino un auténtico padre. Por lo tanto, en ambos casos, hubo un proyecto parental a tres, una pluriparentalidad *ab initio*. (Párr. 72-74).

De hecho resulta interesante como la multiparentalidad está presente en la tercera fuente de la filiación, como lo son las técnicas de reproducción humana asistida, puesto que de por sí es debatible considerar si realmente nos encontramos ante una familia compuesta por más de un padre o madre, en el que existe un acuerdo para alumbrar o coadyuvar con la concepción;

sin embargo, la voluntad procreacional y el afecto son las características que deben estar presente en dichas familias, a fin de analizar la viabilidad de esta forma de familia.

5.5 Comentarios al Decreto Legislativo N° 1377

5.5.1 Sobre las modificatorias a la filiación y presunción de paternidad:

Con fecha 24 de agosto de 2018, se publicó el Decreto Legislativo N° 1377, que “Fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes”, cuyos objetivos son – entre otros asuntos – “priorizar su derecho a la identidad y al nombre”, ya que de esta manera se acredita “un primer reconocimiento de su existencia y su condición de sujeto de derechos”.

Así pues, respecto a la identidad de las niñas, niños y adolescentes, se modificaron diversos artículos del Código Civil, entre los que destacan: los artículos 361, 362, 396 y 402 inciso 6.

Artículo 361: Sobre la presunción de paternidad matrimonial:

Texto Original:	Texto modificado:
El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.	El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendarios siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario. (El subrayado es nuestro).

La presunción de paternidad matrimonial, conocida también como “*pater is est quem nuptiae demostrant*” (padre es el que las nupcias lo

demuestra), es una presunción *iuris tantum* que implica presumir la paternidad del marido de la madre, por el solo hecho de estar casado. La relación jurídica matrimonial genera una serie de “deberes conyugales”, como el de fidelidad, y el consecuente mantenimiento de relaciones sexuales consentidas (de ser el caso, claro está); de ahí que el matrimonio sea quien otorgue este grado de presunción a los cónyuges.

No obstante, el marido que no se crea padre del hijo o hija de su mujer, puede negarlo invocando las causales reguladas en el artículo 363 del Código Civil, lo cual *a priori* solo legitima a dicha persona enervar la paternidad que el matrimonio le atribuyó, sin aparentemente importar si el vínculo biológico coincide o no con dicho legitimado, puesto que depende de él recurrir a la negación, y por ende, desentrañar la identidad.

Sobre la base de lo expuesto en el párrafo precedente, bajo criterios de supremacía de los derechos fundamentales, como la identidad, se modificó el artículo 361 del Código Civil, lo que legitima a la madre – si lo considera necesario – declarar expresamente que su marido en realidad no es padre de su hijo.

Es preciso mencionar que dicha modificatoria debe ser analizada y valorada con cautela, dado que si bien la finalidad de las normas modificadas es establecer la “verdadera” identidad de las niñas, niños y adolescentes, otorgando otras alternativas para determinar la filiación; también lo es que debe analizarse la armonía de todos los derechos que se contraponen, y no deslindar posibles contravenciones, acciones irrazonables o generar mayor incertidumbre por omisión a los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Esto es así, si se tiene en cuenta que desde el momento que se legitima a la madre negar que el marido sea el padre de su hijo o hija (por la sola expresión), deja abierta la posibilidad que no exista necesariamente un reconocimiento por parte del progenitor, puesto que una cosa es expresar la negación unilateral de paternidad matrimonial, y otra el acto jurídico de reconocimiento; además que al tratarse de un acto unilateral, admite arbitrariedades o meros caprichos, si nos remitimos a las máximas de la experiencia, lo que puede causar zozobra en la identidad de dichas personas.

En ese sentido, es pertinente resaltar que no debe entenderse que la presunción “*pater is*” ha sido derogado, sino más bien “flexibilizada”; por lo tanto, aún está vigente.

Artículo 362: Presunción de filiación matrimonial

Texto Original:	Texto modificado:
El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.	El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido. (El resaltado es nuestro).

La presente norma modificada es una contraposición directa al texto original, dado que la presunción de paternidad matrimonial era de tal magnitud, que no se destruía por el solo dicho de la madre o por una condición fáctica y jurídica (adulterio), sino que se priorizaba la presunción

que el matrimonio otorga al marido sobre la paternidad de los hijos o hijas de su mujer.

Con la modificatoria del referido Decreto Legislativo, se legitima a la madre destruir dicha presunción por su solo dicho, expresado en la negación categórica de la paternidad de su cónyuge. Nótese, que la declaración expresa de negación, es de tal magnitud que elimina todo tipo de presunción, que por su naturaleza, es de suma relevancia, dado que determina la filiación; y por tanto, todos los derechos que le atañen.

Así pues, la declaración expresa como una forma de acto unilateral de negación, es tal, que sin importar mayor elemento de convicción, destruye una presunción basada en el matrimonio; sustituyendo de este modo, acciones de negación de paternidad matrimonial, o de impugnación de paternidad por verdad biológica.

Artículo 396: Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada

Texto Original:	Texto modificado:
El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.	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

	<p>quién es el progenitor.</p> <p>Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. (El subrayado es nuestro).</p>
--	---

El presente artículo está en consonancia con las anteriores normas modificadas, puesto que ahora se puede reconocer al hijo de mujer casada, pese que el marido no lo haya negado. Es importante recordar, que desde hace varios años, la jurisprudencia (ordinaria y constitucional) y doctrina se han encargado de precisar o aclarar que el reconocimiento de hijo o hija de mujer casada, no solo se realiza previa negación del marido, sino que se legitima a terceras personas a que impugnen dicha paternidad, priorizando el derecho a la identidad de las niñas, niños y adolescentes, materializado (en varios casos) en la verdad biológica.

En ese sentido, incluso antes de la modificatoria de dicha norma, ya se legitimaba a terceras personas, distintas al marido, a reclamar la paternidad en base a la verdad biológica, lo que implicaba la aplicación del Control Difuso, por preferir normas constitucionales por encima de las ordinarias, esto es, por supremacía del derecho a la identidad; y por tanto, procedían demandas de impugnación de paternidad.

La norma *sub examine*, entonces, básicamente sustituye las acciones de negación o impugnación de paternidad matrimonial, por algo más simple: La declaración expresa de la madre negando la paternidad de su marido, a fin de que el progenitor lo reconozca. No obstante, no siempre lo más simple o práctico, bajo el criterio del fortalecimiento de los derechos de las niñas,

niños y adolescentes, implica necesariamente que se esté consiguiendo dicho fin, dado que en ocasiones se obtiene lo contrario.

En efecto, para que se genere la filiación por parte del progenitor, este debe reconocer a los hijos e hijas de la mujer casada con quien los procreó, pero evidentemente, por más que esta exprese que no son de su marido, debe necesariamente producirse el acto de reconocimiento; contrario sensu, no se genera filiación, y por ende, se crea un estado de incertidumbre de la identidad de las niñas, niños y adolescentes; ello sin perjuicio, de que el marido accione conforme lo considere necesario, o que lo expresado por la mujer no se ajuste a la realidad biológica; todo lo cual, más que coadyuvar a un fortalecimiento de los derechos de dichas personas vulnerables, les puede generar un mayor grado de incertidumbre, así como generar diversas controversias, como las expresadas, que darán mérito a procesos judiciales.

Artículo 402, inciso 6: Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial

Texto Original:	Texto modificado:
La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: (...) 6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.	La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: (...) 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 desestimar á 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. (El subrayado es nuestro).
--	---

El actual texto normativo, implica básicamente una coherencia con las demás modificatorias, en el sentido de que debe descartarse meras presunciones de paternidad, priorizando grados de certeza a través de pruebas científicas como el ADN, así se trate de una presunción matrimonial; es por ello que es aplicable así se trata del hijo de mujer casada, cuyo marido no lo haya negado, dado que la verdad biológica se impone (en principio) en tales casos.

En ese sentido, si bien es cierto, es relevante ampliar la legitimidad en las acciones de filiación, priorizando como en la presente modificatoria, certezas por encima de presunciones; también lo es que ello debe valorarse conforme a lo más beneficioso para las niñas, niños y adolescentes; por lo que, no debe dejarse de lado los comentarios a las anteriores normas modificadas.

5.6 Reivindicación de la socioafectividad en la legislación interna

Hasta este punto, conforme todo lo antes esgrimido, resulta claro la relevancia de la afectividad en las relaciones familiares de índole filial, a tal grado de considerar su reivindicación tanto a nivel sustantivo como procesal, esto es, de escudriñar y valorar el afecto en las relaciones filiales, como parte de la identidad de las niñas, niños y adolescentes.

Nuestra legislación no es ajena a ello. Si bien las normas que pasaremos a indicar y comentar, tienen sentido de acuerdo a la época en

que se promulgó el actual Código Civil, y sobre todo, antes de la dación de la ley 27048, también lo es que conforme lo analizado en el presente trabajo de investigación, tales normas cobran nuevamente relevancia (por partida doble), se reivindicán; y por ende, adquieren nuevamente sentido.

Así pues, es preciso recordar lo que regula el artículo 376 del Código Civil, al establecer que: “Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial **la posesión constante del estado** y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, **no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo**”. (El resaltado es nuestro).

Resulta interesante como dicha norma le otorga relevancia y preponderancia a la afectividad o posesión constante de estado en la presunción de paternidad matrimonial, a tal nivel que impide que se destruya dicha presunción, dado que no solo se trata de una filiación basada en la presunción propiamente dicha, esto es, una “filiación formal”, sino que esta se apoya en relaciones de afecto, en una situación fáctica traducida en tratarse como padres e hijos sin serlos biológicamente, vale decir, una “filiación sustancial”; lo que al parecer del legislador de la época, impide que se accione en su contra.

No cabe duda, que tal norma dejó de tener sentido y relevancia, así como muchas otras, una vez publicada la ley 27048, dado que por encima de meras presunciones, adquiere mayor relevancia las certezas, como es el caso del ADN; sin embargo, hoy por hoy, esto es relativo, y conforme a todo lo antes referido, el afecto forma parte esencial y relevante de las relaciones familiares, incluyendo las filiales; es decir, el contenido de la referida norma vuelve adquirir, en cierta forma, relevancia, puesto que nos deja claro, que la

filiación también está basada en el afecto entre sus miembros, y que ello es tan o más relevante que solo los vínculos biológicos; permitiendo efectos jurídicos incluso sin que medie el aspecto biológico.

Del mismo modo, respecto a lo regulado en el artículo 366, inciso 2 del Código Civil, que establece que: “El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363, incisos 1 y 3: (...) 2. Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo”.

Más allá de la teoría de los actos propios, lo cierto es que si bien puede o no haber afectividad en ese tipo de casos, también lo es que se permite efectos jurídicos sin que haya correspondencia con el vínculo biológico, dando relevancia a la voluntad.

Asimismo, el artículo 398 del Código Civil regula que: “El reconocimiento de un hijo mayor de edad no confiere al que lo hace derechos sucesorios ni derecho a alimentos, **sino en caso que el hijo tenga respecto de él la posesión constante de estado** o consienta en el reconocimiento”. (El resaltado es nuestro).

Nuevamente, la normativa haciendo alusión a la importancia de la posesión constante de estado o afectividad en las relaciones filiales. Tal es la relevancia, que condiciona los efectos jurídicos sucesorios y alimentarios de quien reconoce, a la acreditación de la afectividad en su relación filial; no biológica, sino eminentemente natural, espontánea o “paternal”.

Finalmente, el conocido artículo 402 del Código Civil, regula las causales de declaración de paternidad extramatrimonial, en cuyo inciso 2, se regula que: “La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente

declarada: (...) 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". (El resaltado es nuestro).

Reiteramos que tales supuestos, tuvieron sentido de acuerdo al contexto histórico en que se promulgo el Código Civil vigente, pero que luego de la incorporación del ADN como medio probatorio científico, se elevó a la categoría de "prueba plena", dado que era considerada la única y por excelencia para acreditar o impugnar la paternidad matrimonial o extramatrimonial (recuérdese la ley 28457). No obstante, por imperio de la afectividad en las relaciones familiares, como la paternidad socioafectiva, se está desterrando poco a poco ello, que sin mayor análisis, cae en una conclusión precipitada; consecuentemente, se está reivindicando el afecto, cobrando nuevamente sentido normas como la mencionada en el párrafo precedente.

**CAPÍTULO VI: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y
COMPARADA RELATIVA A LAS ACCIONES DE FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL**

6.1 De la jurisprudencia nacional y comparada

Órgano Jurisdiccional/Fiscal	Síntesis
<p>1) Sala Civil Transitoria. Cas. N° 864-2014-Ica, de fecha 01 de setiembre de 2014.</p> <p>* Voto en minoría: A favor de vínculo afectivo</p>	<p>a) Recurso: Se trata del recurso de casación interpuesto por Ytalo David Verástegui Valenzuela contra la Sentencia de vista, que reformando la apelada, revocó la misma, declarando infundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad extramatrimonial; por lo que, denuncia la infracción normativa del artículo 395 del Código Civil.</p> <p>b) Hechos: El recurrente demandó nulidad de acto jurídico contra Olga Yanet López Estela, para que se declare la nulidad de la partida de nacimiento del niño O.D.V.L., por existir dolo (engaño de la madre). Desde hace 5 años conoció a la demandada, con quien mantuvo relaciones extramaritales</p>

	<p>esporádicas. Luego de años, y con mala fe (engaño, maltrato y amenazas), le hizo creer que era el padre de su hijo; demandándolo, incluso por alimentos y violencia familiar. A finales de 2011, se realizó la prueba de ADN, cuyo resultado fue que no era el padre biológico.</p> <p>c) Decisión: Por mayoría, la Sala Civil Transitoria declaró FUNDADO el recurso de casación, considerando que se ha afectado el derecho a la identidad, concordante con el artículo 6 del CNA (derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos); por lo que, no se ha interpretado sistemáticamente el artículo 395 del Código Civil. Ordenaron nuevo pronunciamiento de la Sala. Sin embargo, el voto en minoría (Calderón Puertas), declaró INFUNDADO el recurso de casación, atendiendo a que la identidad de una persona no solo es estática, sino también dinámica, más aun si dichas identidades no han sido cuestionadas por el niño; por lo que, se le causaría perjuicio sobre quién es y de dónde proviene, sobre su identidad proyectiva. Asimismo, no se puede amparar el mero capricho del recurrente quien sin medio de prueba alguno sobre el dolo o engaño, pretende cuestionar la filiación.</p>
--	--

Es pertinente tener en cuenta el contraste entre dichos votos, dado que ambos enfocan el derecho a la identidad desde dos perspectivas distintas. Así pues, por mayoría se considera que la identidad está

relacionada con el derecho a conocer a los padres y llevar sus apellidos, precisando que se trata de “los verdaderos padres”, es decir, bajo una óptica biológica. No obstante, consideramos acertada la posición en minoría, dado que la identidad también tiene una vertiente dinámica, lo cual será relevante de acuerdo al caso en concreto, esto es, de ponderar dichas vivencias familiares, o pertenencia a una familia, cuando el caso lo amerite. En ese sentido, en el presente caso, si bien no se ha precisado la edad del niño, también lo es que se infiere que no se trata de un recién nacido, dado que el recurrente se sometió a la prueba de ADN en el 2011, y conoció a la madre desde hace más de 5 años; por lo que, **se trata de un niño con capacidad de discernimiento**, quien ya se ha forjado una identidad socioafectiva, por el paso de los años; y quien además, como bien lo precisa el voto en minoría, no ha cuestionado su identidad; por lo que, lo contrario, sería perjudicarlo, y crearle una inestabilidad en su identidad. Todo ello se refuerza, como se desprende de autos, que **no se puede amparar la revocación de un acto voluntario por el mero capricho**, sin sustento probatorio sobre el error o el engaño; debiendo en dichos casos, operar los plazos de caducidad del artículo 400 del Código Civil.

Órgano Jurisdiccional/Fiscal	Síntesis
<p>2) Sala Civil Transitoria. Cas. N° 3776-2010-Del Santa, de fecha 07 de octubre de 2011.</p> <p>* A favor de identidad constitucional</p>	<p>a) Recurso: Se trata del recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza contra la sentencia de vista, que reformando la apelada, declaró improcedente la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad; por lo que, denuncia la infracción normativa de derecho material y procesal, básicamente por falta de motivación, y amparándose en el</p>

	<p>artículo 2, inciso 1 de la Constitución.</p> <p>b) Hechos: El recurrente interpuso demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad, efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, cónyuge de la codemandada Eva Elvira Cárdenas Rosales. Es el caso que estas dos últimas personas, contrajeron matrimonio el 22 de enero de 1994, y al interior del mismo, nació la niña M.L.G.C., con fecha 20 de agosto de 1999. No obstante, el recurrente mantuvo relaciones extramaritales con la codemandada, y producto de ella nació la referida niña, quien es su hija biológica, según una prueba de ADN.</p> <p>c) Decisión: La Sala Civil Transitoria declaró FUNDADO el recurso de casación, argumentando que la Sala Civil, no se pronunció sobre el control difuso que realizó el A Quo, esto es, sobre el derecho de identidad que la asiste a toda persona; amparándose solamente en normas legales, esto es, en que el recurrente no puede impugnar la paternidad, dado que el padre presunto no lo ha negado; resultando relevante dicho derecho a la identidad y demás derechos conexos; por lo que, le ordena que emita nuevo pronunciamiento.</p>
--	---

Sobre el particular, si bien es cierto la Sala Civil Transitoria, se pronuncia sobre un aspecto formal, en lo concerniente a la falta de motivación, dado que la Sala Civil Superior no se pronunció sobre el derecho a la identidad, regulada en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución, invocada por el A Quo; también lo es que la Sala Suprema, deja entrever lo relevante

del derecho a la identidad y demás derechos conexos invocados por el recurrente; sin embargo, **no se toma en cuenta lo deslindado por la Sala Civil Superior**, respecto que el codemandado, además de no haber impugnado su paternidad, no tiene la voluntad de hacerlo. Asimismo, la sentencia casatoria es del año 2011, vale decir, considerando que la referida niña nació en 1999, entonces a la fecha **contaría con 12 años de edad**, es decir, **se trataría de una adolescente**, cuya filiación social o socioafectiva, está forjada; empero, debe determinarse a favor de quien está forjada, es decir, del recurrente o del demandado; lo que es esencial para casos como el presente. Adicionalmente, es pertinente precisar si existe o no algún tipo de posición o declaración de la citada adolescente.

Órgano Jurisdiccional/Fiscal	Síntesis
<p>3) Sala Civil Transitoria. Cas. N° 2112-2009-Callao, de fecha 29 de marzo de 2010.</p> <p>* A favor de identidad constitucional</p>	<p>a) Recurso: Se trata del recurso de casación interpuesto por Antony Manuel Herrera Esquivel contra la sentencia de vista, que reformando la apelada, declaró fundada la excepción de caducidad e improcedente la demanda de impugnación de paternidad; por lo que, denuncia la interpretación errónea del artículo 2, inciso 1 de la Constitución, y la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.</p> <p>b) Hechos: El recurrente interpuso demanda de impugnación de paternidad, respecto al reconocimiento que efectuó sobre el niño J.A.H.C., representado por su madre Roxana Cortez Nonajulca, quien nació el 08 de agosto de 2004; sin embargo, esta dedujo la excepción de caducidad, dado que de la fecha de nacimiento del niño hasta la interposición de la</p>

	<p>demanda, ha transcurrido en exceso el plazo del artículo 400 del Código Civil; indicando además, que es una represalia por la demanda de alimentos para su hijo que le interpuso.</p> <p>c) Decisión: La Sala Civil Transitoria declaró INFUNDADO el recurso de casación, argumentando en primer lugar, respecto a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, que es correcto, para el caso en concreto, aplicar el plazo de caducidad regulado en el artículo 400 del Código Civil, dado que no se pretende dilucidar quién es el verdadero padre del niño, sino tan solo impugnar el reconocimiento del recurrente, lo cual perjudicaría a aquel, dado que no se preservaría su identidad. Asimismo, respecto a la interpretación errónea del artículo 2, inciso 1 de la Constitución, la Sala Suprema consideró que debe realizarse una interpretación <i>pro homine</i>, ya sea de forma extensiva o restringida; precisando que la identidad se estructura por rasgos objetivos y subjetivos, y que para el caso en concreto, debe prevalecer la conservación de la identidad de quien lo reconoció voluntariamente (interpretación restringida de la identidad), en vez de suprimirle la identidad, y si bien el actor tiene derecho de impugnar, debe hacerlo en el plazo que establece la ley, más aun si el niño a la fecha cuenta con más de 5 años de edad.</p>
--	--

En efecto, **cada controversia se resuelve de acuerdo al caso en concreto**. En el presente caso, debe tenerse en cuenta que no se trata de resolver la atribución de paternidad a quien lo solicita o a quien aparece como padre en el registro, sino de impugnar el reconocimiento del mismo

recurrente; por lo que, una situación de tal relevancia, debe interpretarse en estricto con el derecho a la identidad de la niña, niño o adolescente. Así pues, fuera del plazo de caducidad que establece la ley, no cabe mayor impugnación, dado que se estaría atentando contra la identidad del referido niño, en el sentido de preservar los apellidos de quien lo reconoció voluntariamente. **La verdad biológica no se puede anteponer frente a la incertidumbre de identidad.** Asimismo, en el caso en concreto, como bien lo señala la Sala Suprema, **el niño de quien se pretende impugnar su reconocimiento**, cuenta con más de 5 años de edad, lo que sumado a los rasgos subjetivos que indica la Sala, se infiere que se trata de una paternidad socioafectiva, que se plasma en conservar su identidad, lo que en buena cuenta le favorece.

Órgano Jurisdiccional/Fiscal	Síntesis
<p>4) Sala Civil Permanente. Cas. N° 3797-2012-Arequipa, de fecha 18 de junio de 2013</p> <p>* Voto en mayoría: A favor de identidad dinámica</p> <p>* Voto en minoría: A favor de identidad biológica</p>	<p>a) Recurso: Se trata del recurso de casación interpuesto por Simón Coyla Quispe contra el auto de segunda instancia, que revocando el de primera instancia, lo reformuló declarando fundada la excepción de caducidad, en consecuencia nulo todo lo actuado e improcedente la demanda sobre impugnación de paternidad; por lo que, denuncia la infracción normativa de los artículos 138 de la Constitución, 6 del Código de los Niños y Adolescentes y III del Título Preliminar del Código Procesal Civil; así como la infracción normativa del artículo 139, incisos 3 y 5 de la Constitución.</p> <p>b) Hechos: El recurrente interpuso demanda de impugnación de paternidad, a fin de que se declare que el adolescente</p>

	<p>J.A.C.S. (17) no es su hijo biológico, a través de la prueba de ADN, que deberá practicarse; por lo que, demanda accesoriamente, que se disponga que el demandado deje de usar, utilizar y consignar el apellido del recurrente en su nombre; y que se anote marginalmente en su partida, que el demandante no es su padre. Asimismo, refiere que con la madre del demandado, nunca convivió, dado que solo tuvieron un encuentro ocasional en el año de 1991, mientras él se encontraba en estado de ebriedad. Luego, en enero de 1995, el recurrente volvió a encontrarse con la madre del demandado, quien le enseñó un niño de 3 años, informándole que es su hijo, producto de dicho encuentro; solicitándole que reconozca a su hijo. Así pues, el recurrente arguye que como no recordaba bien lo que pasó en aquella ocasión, y creyendo en el dicho de la madre del demandado, accedió y firmó a este último. Sin embargo, recientemente ha tomado conocimiento – por versión de conocidos – que no es el padre biológico del adolescente; lo que motivó que demande esta pretensión en aras del derecho a la identidad. No obstante, la madre del demandado, dedujo la excepción de caducidad, invocando los artículos 399 y 400 del Código Civil.</p> <p>c) Decisión: Por mayoría, la Sala Civil Permanente declaró INFUNDADO el recurso de casación, interpuesto contra el auto de segunda instancia, que reformando el de primera instancia, declaró fundada la</p>
--	---

	<p>excepción de caducidad, nulo todo lo actuado e improcedente la demanda; argumentando, en primer término, que no existe infracción a la normas del debido proceso; y que por el contrario, se advierte motivación tanto interna como externa. Por otro lado, precisa que cuando se impugna la paternidad de una persona, esto es, se objeta su identidad, debe analizarse tanto el cariz estático como dinámico de la identidad; por lo que, para el caso en concreto opera los límites que establecen los artículos 399 y 400 del Código Civil, respecto a los plazos para impugnar la paternidad, puesto que el recurrente solo se ampara en probables supuestos genéticos, impugnando ello luego de 14 años que reconoció a su hijo; por ende, en casos como el presente, importa tanto al Estado como al particular, tener certeza de su identidad, y que haya un punto de cierre para impugnarla; puesto que lo contrario, importaría amparar pretensiones por motivos irrelevantes, generando incertidumbre y zozobra en el demandado; máxime si este tampoco ha cuestionado su identidad, la cual se ha desarrollado por 17 años; debiendo tomarse en cuenta, que incluso, dicha pretensión se presenta en un contexto en el que el demandado sufre de hemiplejía y trastorno psicótico.</p> <p>No obstante, por minoría, se declaró FUNDADO el recurso de casación, alegando que no se cumplió con el deber de observar las garantías contenidas en los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la</p>
--	--

	<p>Constitución, dado que se limitó al plazo de caducidad, pero no se consideró que la pretensión versa sobre impugnación de paternidad por correspondencia del vínculo biológico; consecuentemente, haciendo control difuso, considera que lo primordial es el derecho a la identidad de la personas, que para el caso en concreto, implica el conocimiento y vínculo filial con los “verdaderos padres”, esto es, la correspondencia con el vínculo biológico; y no meras presunciones.</p>
--	---

La presente casatoria resulta sumamente relevante e interesante, puesto que se evidencian dos posiciones contrapuestas, que analizan desde dos puntos de vista diferentes lo relacionado al derecho a la identidad de las personas. Así pues, a nuestro criterio, es cierto que – en principio – las normas meramente procesales o formales, no pueden estar por encima de normas sustantivas o con rango constitucional, como el derecho fundamental a la identidad, puesto que esta, por su trascendencia, debe prevalecer. Así pues, ante plazos de caducidad que limitan la averiguación de la verdad, de la identidad o del vínculo biológico, debe prevalecer esto último, en aras de establecer la identidad de las personas (claro está, todo ello dependerá del caso en concreto); sin embargo, **en ocasiones debe prevalecer la identidad de las personas que se ha forjado con el paso del tiempo**, con la posesión constante de estado, o con lo que se denomina “paternidad socioafectiva” o identidad dinámica, puesto que la identidad no puede ser comprendida única y exclusivamente por los datos genéticos. Tal concepción es limitada, y en ocasiones, como en el presente caso, vulneratoria de la

identidad, al causar incertidumbre, luego de 14 años de reconocido el demandado. En estos casos, consideramos legítima la aplicación de plazos de caducidad como el regulado en el artículo 400 del Código Civil; **máxime si el demandado en ningún momento ha cuestionado su identidad.**

Órgano Jurisdiccional/Fiscal	Síntesis
<p>5) Sala Civil Permanente. Cas. N° 950-2016-Arequipa, de fecha 29 de noviembre de 2016.</p> <p>* A favor de identidad dinámica</p>	<p>a) Recurso: Se trata del recurso de casación interpuesto por Luis Alberto Medina Vega contra la sentencia de vista, que confirma la apelada, que declaró fundada la demanda de impugnación de paternidad, declarando como padre de la niña F.K.M.S. (09), al demandante Joel Eduardo Vilca Flores; por lo que, denuncia la infracción normativa por interpretación errónea de los artículos 20 del Código Civil, IX del Título Preliminar, 6 y 9 del Código de los Niños y Adolescentes.</p> <p>b) Hechos: La persona de Joel Eduardo Vilca Flores interpuso demanda de impugnación de paternidad contra Luis Alberto Medina Vega y su hija F.K.M.S. (09), a fin de que declare a esta como hija biológica del recurrente, y por ende, nula su partida de nacimiento. Así pues, argumenta que es padre biológico de la demandada, dado que nació producto de las relaciones de convivencia que mantuvo con su madre, en el año 2002, conviviendo desde 2001 hasta el 2011 (año en que falleció la madre); aseverando que durante todo ese tiempo vivió con su hija; sin embargo, por presión del demandado, la madre la inscribió a nombre de este (ambos cónyuges). Posteriormente, el recurrente, con prepotencia y temeridad, logró obtener la</p>

	<p>tenencia de la niña demandada.</p> <p>c) Decisión: La Sala Civil Permanente declaró FUNDADO el recurso de casación, argumentando que el derecho a la identidad está reconocido en la Constitución y Tratados Internacionales de Derechos Humanos como la Convención de los Derechos del Niños, lo cual al interpretarlo – en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional - concluye que la identidad puede ser tanto estática como dinámica, lo que se advierte en el presente caso, dado que la niña demandada, quien a la fecha de la demanda, contaba con 09 años de edad, vive con el recurrente, a quien considera su padre, se identifica con su apellido, y entorno social, lo cual ha sido expresado por ella misma.</p>
--	---

Se advierte de la sentencia casatoria que, no solo se tomó en cuenta la identidad dinámica de la niña cuya paternidad se solicita, sino que también se resaltó lo que ella misma ha expresado, esto es, su opinión de identificarse con el apellido del recurrente y su entorno social, de identificar al recurrente como su padre. Si bien es cierto, las instancias de mérito declararon fundada la demanda del demandante, bajo el argumento del nexo biológico existente entre ambas partes, también lo es que la Sala Civil Permanente identificó que **la posesión constante de estado la ostenta el recurrente**, es decir, se forjó una paternidad socioafectiva con la niña demandada; lo que aunado a la valoración de su opinión – la cual debe escucharse y tomarse en cuenta, conforme a la Convención sobre los

Derechos del Niño y la normativa interna – **prevalece la identidad con el recurrente.**

Órgano Jurisdiccional/Fiscal	Síntesis
<p>6) Sala Civil Transitoria. Cas. N° 2726-2012-Del Santa, de fecha 17 de julio de 2013.</p> <p>* A favor de identidad filiatoria</p>	<p>a) Recurso: Se trata del nuevo recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza contra la sentencia de vista, que reformando la apelada, declaró improcedente la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad; por lo que, denuncia la infracción normativa de derecho material del artículo 2, inciso 1 de la Constitución.</p> <p>b) Hechos: El recurrente interpuso demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad, efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, cónyuge de la codemandada Eva Elvira Cárdenas Rosales. Es el caso que estas dos últimas personas, contrajeron matrimonio el 22 de enero de 1994, y al interior del mismo, nació la adolescente M.L.G.C., con fecha 20 de agosto de 1999. No obstante, el recurrente mantuvo relaciones extramaritales con la codemandada, y producto de ella nació la referida adolescente, quien es su hija biológica, según una prueba de ADN; más aun si ambos viven juntos como familia, y ella conoce la realidad, esto es, que el recurrente es su padre.</p> <p>c) Decisión: La Sala Civil Transitoria declaró FUNDADO el recurso de casación, argumentando que del caso de autos, se verificó que el recurrente y la adolescente de iniciales M.L.G.C., vienen desarrollando un</p>

	<p>tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, específicamente desde el año 2003, lo que no ha sido desvirtuado por el demandado. Asimismo, del informe psicológico de la adolescente, se desprende que, esta se identifica con su familia, incluyendo al padre recurrente, a quien identifica como protector y cariñoso; todo lo cual determina el estado constante de familia, lo que afirma su filiación. Del mismo modo, la Sala precisa los presupuestos de la identidad personal, que son dos, el genético y el filial; y sobre este último, habitualmente concuerda con el genético, pero puede no estarlo.</p>
--	---

Sobre el particular, resulta relevante tener en cuenta lo considerado por la Sala Civil Transitoria, en el sentido de que la identidad personal se compone tanto de la identidad biológica como de la filiatoria; precisándose que esta última implica la correspondencia a una determinada familia, en base a las vivencias familiares; la que bien puede o no corresponderse con la identidad genética. En el caso de autos, debe resaltarse que, más allá que la adolescente comparta material genético con el recurrente, debe priorizarse el estatus de familia que ambos tienen (estado constante de familia o “posesión constante de estado”), dado que ella proviene de una presunción de paternidad matrimonial, cuyo padre presunto (demandado), también convivió con ella por espacio de sus primeros cuatro años. No obstante, además que la sociafectividad se desarrollo y/o preponderó más con el recurrente, desde el año 2003 hasta la fecha (10 años aproximadamente; la adolescente tiene un promedio de 14 años); también lo

es que incluso de su informe psicológico, esta expresa su pertenencia a una determinada familia, que incluye al recurrente y su madre biológica, mas no con el demandado. Sobre la base de lo antes expuesto, meros requisitos procesales, como los de legitimidad para obrar, no pueden ser óbice o impedimento para impugnar la paternidad en base a la identidad de una persona (en este caso, filiatoria).

Órgano Jurisdiccional/Fiscal	Síntesis
<p>7) Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Consulta N° 4700-2014-La Libertad, de fecha 20 de enero de 2015.</p> <p>* A favor de identidad biológica</p>	<p>a) Incidente: Se trata de la elevación en consulta de la sentencia que inaplicó el artículo 399 del Código Civil, ordenando que se deje sin efecto el reconocimiento judicial (declaración de paternidad extramatrimonial).</p> <p>b) Hechos: El recurrente interpuso demanda de impugnación de paternidad, con fecha 10 de diciembre de 2012, argumentando que tomó conocimiento de manera circunstancial de una demanda de alimentos a favor de la niña J.N.A.V.; por lo que, al averiguar en la municipalidad provincial, tomó conocimiento de una demanda de filiación extramatrimonial, por la que se inscribió a dicha niña como su hija. No obstante, desde el año 2010, se estableció, a través de una prueba de ADN, que no lo es.</p> <p>c) Decisión: La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente APROBÓ la sentencia consultada, inaplicando para el caso en concreto, el artículo 399 del Código Civil; considerando que la identidad de una persona no solo es estática, sino también dinámica; y sobre esto último, indicó que implica el conocimiento de los verdaderos padres; consecuentemente, si</p>

	a través de una prueba de ADN se ha determinado la verdad biológica, esto es, que el recurrente no lo es; entonces nada impide que impugne su paternidad, pese a la restricción del artículo 399 del Código Civil.
--	--

A similitud de las sentencias precedentes, la Sala resalta el carácter estático y dinámico de la identidad personal, precisando que esta última está relacionada –entre otras cosas - con el conocimiento de la verdad personal, esto es, de conocer a los “verdaderos padres”, asimilándolo con la verdad biológica; y por lo tanto, ello debe priorizarse por encima de restricciones legales, como de legitimidad para obrar, que se desprende del artículo 399 del Código Civil. Si bien es cierto se trata de un caso en particular, por el que no se impugna (o niega) el propio reconocimiento, ni se impugna el reconocimiento de terceras personas, ni tampoco se advierte, desprende, o existen indicios de una paternidad socioafectiva (se trata de una declaración de paternidad extramatrimonial previa); también lo es que es pertinente precisar, que la identidad dinámica de una persona, no solo debe identificarse o asemejarse, con el conocimiento de “los verdaderos padres por compartimiento de material genético” o “verdad biológica”, sino que esta trasciende ello, para enfocarse en una relación afectiva que materializa la convivencia familiar (estado de familia), que puede o no corresponderse con lo biológico. También es claro que el pronunciamiento de la Sala obedece al caso en concreto; sin embargo, no debe dejarse de lado lo antes manifestado.

Órgano Jurisdiccional/Fiscal	Síntesis
<p data-bbox="316 342 746 577">8) Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Consulta N° 15157-2013-Del Santa, de fecha 15 de mayo de 2014.</p> <p data-bbox="316 595 746 678">* A favor de identidad biológica</p>	<p data-bbox="774 293 1394 629">a) Incidente: Se trata de la elevación en consulta de la Sentencia de Vista que inaplicó el artículo 364 del Código Civil, por incompatibilidad con el artículo 2, inciso 1 de la Constitución, confirmando la resolución de primera instancia que declaró infundado la excepción de caducidad.</p> <p data-bbox="774 647 1394 1182">b) Hechos: El recurrente interpuso demanda de negación de paternidad matrimonial; sin embargo, la demandada Elva Juana Cordero Tamariz, dedujo excepción de caducidad, dado que el plazo para negarlo había vencido en exceso, según el artículo 364 del Código Civil; sin embargo, la resolución de primera instancia la declaró infundada, lo que fue confirmado por la Sentencia de Vista, lo cual la inaplicó por incompatibilidad con el artículo 2, inciso 1 de la Constitución.</p> <p data-bbox="774 1200 1394 1989">c) Decisión: La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente APROBÓ la sentencia consultada, inaplicando para el caso en concreto, el artículo 364 del Código Civil; considerando que la identidad de una persona no solo es estática, sino también dinámica; y sobre esto último, indicó que implica el conocimiento de los verdaderos padres, y que la identidad filiatoria comprende el derecho a conocer los orígenes biológicos, a pertenecer a una determinada familia y contar con el registro legal correspondiente; consecuentemente, la aplicación del plazo contenido en el artículo 364 no puede representar un obstáculo para preservar el derecho a la identidad.</p>

En el presente caso, es pertinente destacar la inaplicación de plazos meramente procesales o formales, priorizando derechos fundamentales como la identidad. En ese sentido, resulta relevante lo que consideró dicha Sala, respecto que la identidad no solo está compuesta por datos estáticos, sino también por dinámicos, como por ejemplo el conocimiento de la verdad personal; agregando que la identidad filiatoria está relacionada con conocer los orígenes biológicos; lo que se infiere que de ello se trata el caso en concreto, esto es, que el recurrente no es el padre biológico. Sin embargo, consideramos que si bien no se desprende algún tipo de relación afectiva, también lo es que es pertinente precisar que la identidad filiatoria no solo implica el conocer o investigar los orígenes biológicos (identidad genética), sino también la pertenencia a una determinada familia, más allá de los datos genéticos; situación que debe ser analizada y valorada de desprenderse algún dato afectivo en la relación filial.

Órgano Jurisdiccional/Fiscal	Síntesis
<p>9) Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Consulta N° 7307-2014-Arequipa, de fecha 20 de enero de 2015.</p> <p>* A favor de vínculo afectivo</p>	<p>a) Incidente: Se trata de la elevación en consulta de la sentencia que inaplicó el artículo 382 del Código Civil, por incompatibilidad con el artículo 2, inciso 1, y artículo 4 de la Constitución, procediendo a reconocer el derecho de los concubinos a adoptar.</p> <p>b) Hechos: Los recurrentes Ana María Villafuerte Recavarren y Eduardo Néstor Cervantes Pinto, requieren obtener la adopción del menor de edad F.J.C.V., quien es hijo biológico de la demandada Julissa Jesús Villafuerte Recavarren, quien es hermana de la demandante, desconociendo quién es el padre biológico; y que por razones de salud y</p>

	<p>económicos, la demandada les entregó a ellos, quien conforman una unión de hecho por más de diez años, han prohiado a dicho menor de edad desde su nacimiento, y conforman una familia armoniosa.</p> <p>c) Decisión: La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente APROBÓ la sentencia consultada, inaplicando para el caso en concreto, el artículo 382 del Código Civil; considerando que al tratarse de un conflicto por el que están involucrados derechos e intereses de menores, debe atenderse a su particular condición de menor, esto es, mereciendo protección especial, en armonía con su interés superior. De igual modo, si bien el artículo 382 del Código Civil, hace alusión al matrimonio, en concordancia con el artículo 4 de la Constitución; también lo es que se protege a la familia, y por ende, se tiene el derecho a conformar o integrar uno, lo que implica también el derecho a la identidad biológica.</p>
--	--

Resulta relevante el caso *sub examine*, puesto que más allá que se reconozca el derecho de los concubinos a adoptar (no solamente los cónyuges), también es pertinente considerar lo referido por la Sala, en el extremo del derecho a fundar o tener una familia, o ser parte integrante de ella, la cual – como es evidente – y considerando el caso en concreto – se trata de una que no es biológica; y que aun así, refleja identidad por el prohiamiento. Así pues, más que una identidad biológica, se desprende una dinámica, filiatoria, social o afectiva, lo que amerita reconocimiento en la

adopción, en atención a las normas nacionales e internacionales glosadas por la referida Sala.

Órgano Jurisdiccional/Fiscal	Síntesis
<p>10) Primera Fiscalía Provincial Civil y Familia de Huánuco. Caso N° 1769-2015/Dictamen N° 097-2015, de fecha 04 de diciembre de 2015</p> <p>* A favor de identidad biológica</p>	<p>a) Dictamen: Se trata del Dictamen Fiscal expedido por la Primera Fiscalía Provincial Civil y Familia de Huánuco, mediante el cual opina que se declare fundada la demanda de impugnación de paternidad extramatrimonial, por existir vínculo biológico.</p> <p>b) Hechos: El recurrente interpuso demanda de impugnación de paternidad extramatrimonial contra Ana María Salvador Pulido y el niño J.R.S. (04), a fin de que se declare que este no es su hijo biológico; argumentando que lo reconoció sin mayor averiguación o pruebas médicas, debido a que tuvo una relación de pareja con la demandada; sin embargo, luego de un tiempo, tomó conocimiento que el padre biológico del niño, es Antonio Damián Aysanoa; por lo que, al reclamarle a la demandada, esta aceptó los hechos; lo que motivó que se realizaran una prueba de ADN, cuyo resultado es que efectivamente no es padre biológico del demandado.</p> <p>c) Opinión: La Primera Fiscalía Provincial Civil y Familia de Huánuco, opinó que se declare FUNDADA la demanda de impugnación de paternidad extramatrimonial, argumentado que se ha probado, a través de una prueba de ADN, que el recurrente no es padre biológico del niño demandado; por lo que, debe primera la identidad de dicha persona, en el sentido, del derecho a conocer</p>

	quiénes son sus padres y llevar sus apellidos; más aun si la madre demandada no se ha opuesto a dicha pretensión.
--	---

Es preciso tener en cuenta lo opinado por la Primera Fiscalía Provincial Civil y Familia de Huánuco, en el sentido de opinar que se declare fundada la demanda por inexistencia de vínculo biológico entre el recurrente y el niño demandado, sin distinguir o precisar otros factores que incidan en la identidad del mismo. En efecto, los fundamentos de dicha fiscalía estriban, en esencia, en el vínculo biológico entre las partes, lo que se probó a través de una prueba de ADN; desarrollando la identidad de las personas, como derecho fundamental, específicamente en el caso concreto de niñas, niños y adolescentes, a partir de la verdad biológica, o el derecho de ellos a conocer a sus “progenitores” y llevar sus apellidos. No obstante, no se ha precisado si tiene implicancia alguna en la identidad, el hecho que el niño, al momento de la interposición de la demanda, cuente con 04 de edad, o que el aparente padre biológico Antonio Damián Aysanoa, no haya manifestado su voluntad de reconocerlo; todo lo cual, nos hace concluir la aún preponderancia o asimilación entre la existencia de un vínculo biológico y la identidad, esto es, la verdad biológica como manifestación de la identidad de las niñas, niños y adolescentes; sin tomar en cuenta la identidad dinámica de las personas o factores periféricos que coadyuven a dicha identidad, o en todo caso, no vulnerarla o amenazarla.

Órgano Jurisdiccional/Fiscal	Síntesis
<p>11) Sétima Câmara Civil. Comarca de Porto Alegre – Brasil. Apelación Civil N° 70014859938, de fecha 13 de setiembre de 2006.</p> <p>* A favor de vínculo afectivo</p>	<p>a) Incidente: Se trata del recurso de apelación interpuesto por C.E.J. contra la sentencia que declaró improcedente su pedido, sobre acción de negación de paternidad contra C.C.J., mayor y capaz.</p> <p>b) Hechos: El recurrente interpone demanda de negación de paternidad, alegando que durante años mantuvo dudas acerca de ser el verdadero padre del demandado; sin embargo, al realizarse dos exámenes de ADN, tomó conocimiento que no lo es, dado que los resultados fueron negativos, es decir, hay inexistencia de vínculo biológico. Así pues, alega que la madre le hizo creer que él era el padre del demandado; por lo que, hay vicio de la voluntad por dolo; y por ende, el hecho de haber mantenido relación afectiva de padre, no puedo impedir la anulación del registro de nacimiento. Asimismo, refiere que el demandado ya es adulto, con esposa e hijo, trabaja como vigilante, y que los adjetivos que dicha persona le dirige, lo que se desprende de su testimonio, contrastan gravemente con la alegación de existencia de vínculo afectivo. Finalmente, alega que el hecho que el demandado insista en mantener vínculo legal, se debe a posibles intereses materiales, de pensión de alimentos y futura herencia.</p> <p>c) Decisión: La Sétima Câmara Civil – Comarca de Porto Alegre – Brasil, decidió NEGAR la apelación del recurrente, argumentado, en estricto, que la inexistencia del vínculo biológico, no puede soslayar la relación de paternidad establecida, por cuanto</p>

	esta fue suplantada por un sólido vínculo socioafectivo construido a lo largo de más de dos décadas de convivencia y afecto entre el apelante y apelado. Asimismo, concuerda con lo observado por la Procuradora de Justicia, quien refiere que analizando el conjunto probatorio, existe paternidad socioafectiva, la cual según la corriente de entendimiento pretoriano, debe prevalecer por encima de la paternidad biológica; toda vez que lo contrario no sería justo, ya que han pasado más de 20 años de reconocimiento espontáneo de paternidad, además que el recurrente ha tratado como hijo al apelado, tal y como el apelante mismo ha expresado. Finalmente, el juzgado menciona que el reconocimiento es irrevocable, y que no está probado vicio del acto jurídico.
--	---

Resulta relevante cómo la Sétima Cámara Civil de Brasil, resalta el vínculo afectivo que se generó entre las partes, dado que por más que no exista vínculo biológico, se advierte la convivencia por más de 20 años entre el apelante y apelado, lo que a juicio del la Sétima Cámara, implica un sólido vínculo de paternidad socioafectiva; apoyándose, más que en normas legales, en la doctrina sobre la materia, o como lo refiere, en la “corriente de entendimiento pretoriano”. Asimismo, se resalta lo expresado por el propio apelante, esto es, que existe posesión constante de estado, al haber tratado como hijo durante todo ese tiempo al apelado. Finalmente, se recalca lo establecido en el Código Civil Brasileño: que el reconocimiento es irrevocable, y que solo puede ser admitido, si se acredita vicio de la voluntad, lo que en el caso de autos no hay.

Órgano Jurisdiccional/Fiscal	Síntesis
<p>12) Sétima Câmara Civil. Comarca de Porto Alegre – Brasil. Apelación Civil N° 70015877756, de fecha 27 de setiembre de 2006.</p> <p>* A favor de vínculo afectivo</p>	<p>a) Incidente: Se trata del recurso de apelación interpuesto por A.R. contra la sentencia que declaró improcedente su pedido, sobre acción de negación de paternidad, acumulada con anulación de registro de nacimiento y exoneración de alimentos, contra D.B.R. y D.B.R.</p> <p>b) Hechos: El recurrente interpone demanda de negación de paternidad, alegando que reconoció la paternidad de los apelados por presión psicológica de su pareja, quien lo amenazaba con dejarlo, pese que ella sabía que él es de condición humilde y de formación intelectual limitada. Asimismo, el apelante alega que la negativa de los demandados a someterse al examen de ADN, evidencia la veracidad de los hechos narrados; y por ende, la verdad formal no puede prevalecer sobre la verdad real.</p> <p>c) Decisión: La Sétima Câmara Civil – Comarca de Carazinho – Brasil, decidió NEGAR la apelación del recurrente, argumentado, en primer término, que el reconocimiento de hijo es irrevocable (artículo 1 de la Ley N° 8560/92 y el artículo 1609 del Código Civil Brasileño), y para su admisión debe demostrarse la concurrencia de un vicio del acto jurídico (coacción, error, dolo, simulación o fraude); sin embargo, en el caso sub examine, no existe prueba del vicio de consentimiento. Asimismo, indica que ni siquiera la negativa de los demandados a someterse a la prueba de ADN, sugiere que el apelante haya sido inducido a error o que haya</p>

	<p>sido coaccionado para reconocer la paternidad de sus hijos. Por otro lado, la Cámara concuerda con lo mencionado por el Procurador de Justicia, en el sentido de que en el presente caso debe prevalecer la verdad socioafectiva sobre la verdad biológica, en razón no solo de la protección del vínculo emocional, sino también por la inseguridad jurídica que se generaría en ciertas situaciones. Indica la Procuraduría que ese tipo de relación es conocida vulgarmente como “la adopción a la brasileña”.</p>
--	--

Nuevamente se resalta la importancia de la paternidad socioafectiva por encima del vínculo biológico, cuando se constata una convivencia familiar durante varios años, lo que se equipara con una forma de adopción, más aun si el reconocimiento es irrevocable y no se ha acreditado vicios de la voluntad, lo que no se acredita con la simple negativa de los demandados a someterse a la prueba de ADN.

Órgano Jurisdiccional/Fiscal	Síntesis
<p>13) Sétima Cámara Civil. Comarca de Porto Alegre – Brasil. Apelación Civil N° 70015260821, de fecha 27 de setiembre de 2006.</p> <p>* A favor de vínculo afectivo</p>	<p>a) Incidente: Se trata del recurso de apelación interpuesto por J.P. y K.G.P., representado por su madre R.S. contra la sentencia que declaró improcedente su pedido, sobre acción de negación de paternidad, en forma consensuada.</p> <p>b) Hechos: Los recurrentes alegan que la sentencia se ha equivocado y ha distorsionado los hechos narrados, dado que J.P. y R.S. mantuvieron, a escondidas, relaciones sexuales hasta que esta última quedó embarazada; sin embargo, en esa época la</p>

	<p>madre también mantenía una relación amorosa, pública y notoria, con el padre biológico de su hijo. Debido a ello, el apelante creyó que él era el padre del demandado, y lo registró. Así pues, todos vivieron en el mismo techo hasta que la relación se deterioró al punto de no ser posible la convivencia en común. Al existir duda, se realizaron la prueba de ADN, determinándose que el demandado no es padre del apelante. Asimismo, refieren que luego de la procedencia de lo que peticionan, promoverán la acción de investigación de paternidad contra el verdadero padre biológico. Consideran que debe enmendarse ese error, puesto que de lo contrario, traerá cicatrices profundas en la mente, salud y personalidad psíquica del niño.</p> <p>c) Decisión: La Séptima Cámara Civil – Comarca de Encantado – Brasil, decidió NEGAR la apelación de los recurrentes, argumentado que, se trata de un proceso contencioso, y como tal, debe asegurarse la contradicción de las partes; por lo que, no puede ser procesada por la vía consensuada, como alegan los apelantes. Así pues, el verdadero padre biológico debe ser integrado como litisconsorte pasivo necesario, para que pueda existir consenso; de lo contrario, qué consenso puede haber. Además, la Cámara refiere que mientras tanto, el niño se quedará sin padre hasta que se interponga una acción de investigación de la paternidad, que la madre alega promoverá contra un tercero. En ese sentido, se debió nombrar un curador especial a favor del niño. Por otro lado, indica que está comprobado, sobre todo por la confesión de</p>
--	--

	<p>los apelantes, que las partes convivían de forma bien próxima, como una familia, aunque no se pueda precisar el tiempo que esa situación perduró (han pasado más de 4 años desde el nacimiento del niño); por ende, el apelante es padre adoptivo del demandado, en la medida que fue responsable de su desenvolvimiento desde temprana edad; todo ello sin que medie error, sino de forma absolutamente regular, libre y consciente. Finalmente, la Cámara señala que en todo caso, la acción de negación de paternidad debe ser impuesta exclusivamente por el hijo, cuando alcance la mayoría de edad, de forma libre y consciente, dado que recién ahí se fijará cuál es el verdadero vínculo de filiación generador de la posesión constante de estado. De esa forma, deberán participar, de manera indubitada, como litisconsortes necesarios, el padre registral y adoptivo, aunque no se opongan a la demanda.</p>
--	---

Resulta relevante lo argumentado por dicha Cámara, dado que por más que se alegue “consenso” entre las partes, a fin de negar (impugnar) la paternidad del apelante; no debe obviarse que se está ante un proceso contencioso; por ende, debe integrarse al presunto padre biológico, para que en todo caso, a partir de ahí se hable de un posible “consenso”. No obstante, más allá de la paternidad socioafectiva entre las partes, resulta interesante lo manifestado por la Cámara Civil, en el sentido de dejar a salvo alguna acción del hijo, al alcanzar la mayoría de edad, para negar la paternidad que considere, en base a la posesión constante de estado, esto es, se advierte la preponderancia que se le otorga al afecto por encima del vínculo biológico.

6.2 Algunos apuntes sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas al afecto y derechos de las niñas, niños y adolescentes

Luego de analizada la jurisprudencia ordinaria, nacional y comparada, es pertinente indicar, en forma sucinta, cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte interamericana de Derechos Humanos, relativa al afecto en las relaciones familiares, y derechos de las niñas, niños y adolescentes con incidencia en su identidad familiar.

Así pues, hemos advertido que algunos pronunciamientos hacen alusión al vínculo biológico como aquel determinante o que mejor refleja la identidad de las niñas, niños y adolescentes; y asimismo, otros que se desencantan sobre la “identidad filiatoria”, el dinamismo en la identidad, las relaciones familiares, el afecto o posesión constante de estado, y la opinión de aquellos, que básicamente sustentan su identidad familiar.

A modo de reforzamiento del segundo criterio jurisprudencial, consideramos relevante tener en cuenta el “Derecho a tener o vivir en familia”, que se desprende en cierto modo de la Convención sobre los derechos del niño, y explícitamente del Código de los niños y adolescentes.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional (2014) ha referido que:

El derecho a tener una familia y a no ser separado de ella se encuentra implícitamente reconocido tanto en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y

comprensión”, como en su artículo 9.1 que establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”. A nivel de la legislación interna, encuentra sustento implícito en el principio-derecho dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículo 1º y 2º, inciso 1), de la Constitución Política; en tanto que, explícitamente, se encuentra reconocido en el artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes que establece que “el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”. Así, tal como lo ha señalado este Tribunal en el tercer párrafo del fundamento 15 de la STC 1817-2009-PHC/TC [...] la familia debe ser la primera en proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así como en adoptar y ejecutar directamente medidas dirigidas a favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y bienestar del niño. Por ello, cualquier decisión familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño [...] (Sala Segunda, EXP. N.º 01821-2013-PHC/TC-Junín. Lima, 11 de diciembre de 2014).

En el mismo sentido y sentencia, respecto al “Derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material”, el Tribunal Constitucional mencionó que:

Tal derecho conlleva la obligación de la familia, del Estado, de la sociedad y la comunidad de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social; y para su eficacia resulta de vital importancia las relaciones parentales, pues los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos, por lo que la unidad y estabilidad familiar y la presencia activa, participativa y permanente de los padres devienen indispensables para el desarrollo armónico e integral del niño⁶.

Resulta claro que más allá de compartir vínculos biológicos en la filiación, lo relevante es la integración de la niña, niño y adolescente a una familia. A una familia en la cual se pueda desarrollar en forma íntegra, esto es, a nivel físico, emocional, social, cultural, etc.; brindándole seguridad, independencia, bienestar, desarrollo personal; todo lo cual, se irá consumando si en ese ambiente familiar o derecho a tener una familia, exista afecto, oportunidades, seguridad moral y material, y en definitiva garantice el ejercicio de sus derechos fundamentales. Al ser ello así, ¿cómo dudar de la pertenencia o identidad a una familia basada en la vivencia familiar, en los rasgos afectivos?

Por otro lado, también es relevante tener en cuenta la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fornerón e hija vs. Argentina* (2012), en el que se ha indicado, entre otras cosas, lo siguiente:

⁶ Ibidem.

Asimismo, este Tribunal ha indicado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida en familia. (Fundamento 47).

El estado civil de soltero del señor Fornerón, equiparado por uno de los jueces a la “ausencia de familia biológica”, como fundamento para privarle judicialmente del ejercicio de sus funciones de padre, constituye una denegación de un derecho basada en estereotipos sobre la capacidad, cualidades o atributos para ejercer la paternidad (...). (Fundamento 96).

Partiendo de que la Convención Americana no prevé un concepto cerrado o único de familia, circunscribiéndola a una familia “tradicional”, y atendiendo que “(...) no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. (Fundamento 98) (CIDH, Caso Fornerón e hija vs. Argentina, 27 de abril de 2012).

Se advierte, pues, como para la justicia supranacional, la convivencia familiar y los lazos de afecto son una expresión del derecho a vivir en familia, lo cual repercute en forma relevante en el bienestar de las niñas, niños y adolescentes.

En el mismo sentido, en la sentencia emitida por la Corte interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo e hijas vs. Chile (2012), se mencionó que:

Por tanto, es visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la

Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Lo anterior, sin perjuicio de que las niñas compartían otro entorno familiar con su padre. (Fundamento 177) (CIDH, Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, 24 de febrero de 2012).

A su vez, en la misma sentencia, se toma en consideración un derecho fundamental de las niñas, niños y adolescentes, como lo es el derecho a ser oído, que en investigaciones como la presente, son de especial relevancia. Así pues, se refirió lo siguiente:

La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino. (Fundamento 196).

De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”. (Fundamento 197) (CIDH, Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, 24 de febrero de 2012).

Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: **i)** “no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”; **ii)** “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”; **iii)** el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; **iv)** “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”; **v)** “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la

influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”. (Fundamento 198). (El resaltado es nuestro).

De todo lo antes expuesto, resulta evidente que en todo proceso que concierne a derechos de las niñas, niños y adolescente, ya sea en forma directa o indirecta, pero que los pueda afectar o cuyos intereses son discutidos; deben estos ser tratados como asuntos humanos. Asimismo, en procesos cuya identidad o filiación esté en conflicto, debe valorarse desde un punto de derechos humanos, velando por lo que más le favorezca, pero dejando en claro, que la identidad va mucho más allá que compartir genes, reivindicando la afectividad en las relaciones filiales, el vivir en familia; considerando a su vez, su opinión libre de vicios, informada, pero cuyo interés superior sea la directriz.

6.3 Balance de la jurisprudencia analizada e interpretación de resultados

AÑO	Jurisprudencia Nacional		Jurisprudencia Comparada		Criterios				
	A favor de vínculo afectivo	A favor de vínculo biológico	A favor de vínculo afectivo	A favor de vínculo biológico/n o precisa	Familia/Cultura	Afecto/ Posesión/dinámica/constitucional	Declaración de menor	Pronjamiento / filiatoria	Verdad biológica/genética
2006-2012	3	1	3			6			1
2013-2016	4	3				1	2	1	3

Fuente: Guías de Observación

De los 13 pronunciamientos, entre judiciales y fiscales, 10 están a favor del vínculo afectivo o por argumentos similares (entre votos en mayoría y minoría), mientras que 4 están a favor del vínculo meramente biológico (también entre votos en mayoría y minoría). En similar sentido, a nivel comparado (jurisprudencia brasileña), 3 están a favor del vínculo afectivo, en estricto, con la paternidad socioafectiva. Por otro lado, los criterios mayoritarios a favor del vínculo afectivo, 6 en total, versan sobre el afecto, la posesión constante de estado, la identidad dinámica y constitucional. Mientras que los criterios mayoritarios a favor del vínculo biológico, 4 en total, versan sobre la verdad biológica y el vínculo genético.

Hasta este punto, ha quedado claro la relevancia de la afectividad en las relaciones familiares, especialmente en las de índole filial, ya sea de tipo biológico o afectivo.

Ahora bien, la afectividad desplegada por el “padre social, aparente, afectivo o afín”, incide de manera favorable en el hijo o hija tratada como tal. Dicha incidencia positiva recae sobre la identidad de este, la cual acarrea –

desde nuestro punto de vista – efectos individuales y sociales. Individuales, dado que se forja la personalidad de una persona en el seno de una familia; y sociales, por contribuir a la identidad familiar, a aquella delimitada en una sociedad y Estado de Derecho; y por qué no, un tercer efecto, abstracto y trascendental: la defensa de la persona y dignidad humana.

La identidad que se forja o activa a través de las relaciones familiares basadas en el afecto, es la de tipo dinámica, puesto que trasciende lo formal, inmutable, inmodificable o estático; por estar conformada por vivencias familiares, afecto, amor, cariño, que está afiliado al campo subjetivo, ideológico; y por ende, mutable y relevante.

Así pues, la paternidad socioafectiva y la identidad dinámica se complementan, son causa y efecto. La afectividad social activa la identidad trascendental, subjetiva o dinámica. Bajo una lectura o interpretación constitucional, queda claro que la paternidad responsable es política nacional.

Al respecto, parte del primer y segundo párrafo del artículo 6 de la Constitución (1993), establece que:

La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables (...). 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.

Sobre la paternidad responsable, Lamus (2002), ha referido que:

Es aquella entendida como la relación normal entre un progenitor y su descendiente, producto de las relaciones vinculadas a las teorías transaccional y sistemática, las cuales señalan que la

paternidad/maternidad están influenciadas por una compleja relación entre la historia del desarrollo individual, las relaciones matrimoniales, el estatus de trabajo, las redes sociales y las características de la familia extendida, además de las actitudes propias de su personalidad. (p.16)

Sobre la paternidad irresponsable, Bermúdez (2015), ha observado lo siguiente:

Es aquella paternidad/maternidad alejada de los parámetros normales y comunes, en los cuales un progenitor desarrolla su relación con su hijo, tanto en la crianza como en su cuidado cotidiano (...). Se manifiesta generalmente en la exagerada perspectiva egoísta y en el poco cuidado hacia el dependiente, principalmente por problemas patológicos en el propio individuo, producto o de su crianza o de los factores que inciden en su desenvolvimiento (edad, condición económica, condición cultural, condición social, nivel de vinculación familiar, etc). (pp. 554-555).

Teniendo en cuenta lo antes esbozado, se entiende que la política nacional de población es difundir y promover la “paternidad y maternidad responsable”, es decir, no cualquier tipo de paternidad, sino aquella que garantice el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes; aquella paternidad que esté comprometida o ejecute su función inherente, la cual se materializa con los atributos de la patria potestad, o simplemente, con los cuidados y protección propios que todo padre prodiga a sus hijos e hijas. El desarrollo de la personalidad de un niño o niña, su bienestar físico y mental, depende de la responsabilidad del padre o madre.

Bajo esa perspectiva, el fin que se busca con la responsabilidad de los padres, es ajeno o independiente al compartimiento de genes, esto es, sin perjuicio de compartir vínculos biológicos, lo relevante es la responsabilidad parental, la cual tiene motivación en el afecto o amor entre sus miembros, en un grado de compromiso o maduración personal, que no es compatible necesariamente con los genes. La paternidad responsable es la esencia que debe considerarse en todo sistema filiatorio.

De ahí que, aun exista como causal de declaración de paternidad extramatrimonial, la posesión constante de estado; y por lo tanto, sea crítico considerar que “los verdaderos padres” sean los que han engendrado o procreado a nuevos seres humanos, dado que no es acorde con un sistema filiatorio constitucional y legal, dejando de lado las normas supranacionales sobre protección de la niñez y adolescencia como garantía de un desenvolvimiento integral, y desarrollo de su personalidad. Asimismo, confunde la clara diferenciación entre progenitor y padre. Evidentemente, la paternidad responsable recae sobre quien se comporte como lo último, y puede que no coincida con lo primero.

Además del afecto en las relaciones de índole filial, como una forma de identidad familiar, también es pertinente acotar lo argumentado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que si bien no formó parte del rubro de jurisprudencia ordinaria analizada, nacional y comparada, también lo es que complementan las mismas.

Así pues, otros factores relevantes y que permiten coadyuvar con la identidad de las niñas, niños y adolescentes en su relación filial, son las

vivencias familiares y lo que exprese u opinen. Lo primero es conocido como el derecho a vivir o tener un familia, lo que implica la inserción en una familia que garantice su bienestar y desarrollo integral, lo cual resulta indispensable, prodigándole afecto, cariño, protección y seguridad material y moral, vale decir, es una forma detallada de afecto. Sobre lo segundo, si se trata de dilucidar derechos fundamentales de dichas personas, quiénes mejor que ellos y ellas mismas que apoyen o refuercen la búsqueda de una solución, materializado en la garantía de conocer y respetar sus opiniones; claro está, libre de vicios, de alienaciones, informada, coherente, responsable y madura hasta cierto punto o acorde a las circunstancias; pero que en buena cuenta, por encima de todo ello, el operador judicial siempre deba buscar su mejor interés.

Tales situaciones, en relativa medida, se han desprendido de los pronunciamientos a favor del vínculo afectivo, sin profundizar el derecho a vivir en familia, y menos aun garantizar la opinión de las niñas, niños y adolescentes, lo que bien pudo o no reforzar sus decisiones. Esto último aspecto, como lo hemos manifestado, resulta relevante, si bien no necesariamente determinante, también lo es que coadyuva en desentrañar la identidad que mejor les favorece; y que en todo caso, debe ser materia de valoración conjunta con los demás medios de prueba. De hecho, esta garantía es incólume pese que, de acuerdo al caso, no se llegue a expresar las opiniones de las niñas, niños y adolescentes, vale decir, no exime de garante o de emitir cierto pronunciamiento al respecto por parte de los operadores de justicia.

CAPÍTULO VII: DISCUSIÓN

A partir de los hallazgos dilucidados en los capítulos precedentes, reafirmamos que el vínculo afectivo resulta ser el más relevante, influyente o refleja de mejor manera la identidad de las niñas, niños y adolescentes, cuando colisiona con el vínculo biológico; y asimismo debiendo valorar la opinión de las niñas, niños y adolescentes, libre de vicios, alienaciones, informada, coherente, pero sobre encima de ello, velando por su mejor interés.

Estos resultados guardan relación con lo que sostiene Varsi (2020) quien refiere que la paternidad socioafectiva es la regla en tanto que la biológica o la no biológica son el complemento que podrán ser determinadas a falta de la primera, no pudiendo nunca ser enfrentadas. Sustentada en una posesión de estado, esta paternidad se basa en el afecto y no puede ser contradicha en mérito de la verdad real que la sostiene, reafirmandose el principio de inmodificabilidad del estado de filiación. (p. 726).

Asimismo, nuestros resultados no guardan relación del todo con autores como Huamancayo (2009) quien sostiene que no es posible establecer en forma general si ha de preferirse en todos los

casos el aspecto del derecho a la identidad, que estaría formado por los vínculos que mantiene todo sujeto con las personas que considera parte de su entorno o el derecho a la verdad biológica de su filiación; sino que ello se determinará en atención a las características particulares del sujeto. (p. 144).

Si bien es cierto, se concluye dicha salvedad, esto es, de valorar particularidades del caso en concreto, también lo es que reafirmamos que el vínculo afectivo debe primar sobre lo meramente biológico al momento de determinar la identidad de las niñas, niños y adolescente cuando ambos vínculos colisionen entre sí, y si bien ello debe meritarse en consonancia con criterios tales como la opinión de las niñas, niños y adolescentes, de igual modo no puede dejarse de lado, en la medida de lo posible, el rasgo afectivo que toda relación filial debe poseer para el bienestar integral de dichas personas, puesto que al fin y al cabo, es su mejor interés lo que debe preponderar.

Por otro lado, tampoco compartimos del todo lo concluido por el tesista Torreblanca (2018), dado que si bien es cierto el afecto y compartimiento de genes forman parte de una sola identidad, también lo es que no por ello debe de olvidarse que aun así puede haber conflicto entre ambos vínculos al momento de determinar la mejor identidad de las niñas, niños y adolescentes (así no se realice un test de ponderación); por lo que, no es que se resuelva tal situación dependiendo el caso en concreto, sino que debe elevarse a la afectividad al rango de prioritaria cuando esté acreditada. Así también, no consideramos que el interés superior de dichas personas deba ser evaluado considerando los derechos fundamentales de

los adultos, dado que tal interés se desencanta por el favorecimiento a las niñas, niños y adolescentes. Finalmente, compartimos el hecho que debe garantizarse y valorarse la opinión de tales personas en los procesos de impugnación, negación o reclamación de la paternidad, ya sea extramatrimonial o matrimonial; sin embargo, no creemos que esto deba ser absoluto, ya que en primer lugar va a depender de su grado de discernimiento; y por otro, dicha opinión debe estar libre de vicios, alienaciones, informada, y hasta cierto punto coherente y madura, en razón que su mejor interés está por encima de ello.

Sobre la base de nuestros hallazgos, reiteramos que el vínculo afectivo o posesión constante de estado es una situación de hecho relevante en la estructura de las relaciones familiares; y por ende, es determinante al momento de establecer la identidad de las niñas, niños y adolescentes; mientras que el compartimiento de genes, si bien es relevante en la identidad de estos, no es así determinante.

Evidentemente, lo concluido en el párrafo precedente se desprende de los hallazgos indicados en los capítulos anteriores, materializado en la normativa nacional e internacional, dogmática y jurisprudencia analizada, en la que la mayoría de autores hacen hincapié que la identidad personal, no solo está compuesta por datos estáticos, sino y sobre todo dinámicos, lo cual se refleja de mejor manera, al momento de colisionar con vínculos biológicos en un proceso de paternidad extramatrimonial, puesto que las relaciones familiares o pertenencia a una identidad familiar están relacionados con el vínculo afectivo que le son propios. Esto es conocido como paternidad socioafectiva o renacimiento de la posesión constante de estado. La

afectividad es, entonces, un principio constitutivo de las relaciones familiares, como las de índole filial.

Por último, si bien a nivel jurisprudencial y dogmático, se destaca el vínculo biológico o compartimiento de genes como parte de la identidad en las niñas, niños y adolescentes, también lo es que resulta un primer peldaño o escala de identidad, dado que de los mismos resultados, indican reiteradas veces el afecto o identidad dinámica en las relaciones familiares; algunos considerándolo como identidad filiatoria o constitucional; pero lo cierto es que hoy en día, dicho afecto es imperativo de valoración al momento de establecer la identidad de dichas personas.

CONCLUSIONES

1) La identidad es un derecho fundamental de toda persona, la cual hace alusión a todos los rasgos y datos que permiten individualizar y distinguirla frente a los demás. Asimismo, está compuesta por datos objetivos o inmodificables, y por rasgos que corresponden más al campo subjetivo o ideológico de la persona. En el primer caso, se le denomina identidad estática, esto es, identidad basada en datos como el nombre, la nacionalidad, el sexo, etc; mientras que en el segundo caso, se le denomina identidad dinámica, la cual se identifica con aquellos rasgos evolutivos que pertenecen al fuero íntimo o subjetivo de la persona.

2) Las relaciones familiares, y sobre todo, las de índole filial, forman parte de la identidad dinámica, dado que la percepción de pertenencia a un entorno familiar, forma parte del campo subjetivo o dinámico.

3) Las relaciones paterno filiales, relaciones familiares, y en general, toda relación familiar, tienen como elemento común, entre otras cosas, el afecto; y como tal, influye en el desarrollo psicosocial de las niñas, niños y adolescentes.

4) La identidad de las niñas, niños y adolescentes, se forja no solo a través del compartimiento de genes con las personas quienes los procrearon o convivieron, sino también a través del afecto materializado en la posesión constante de estado de familia, vale decir, en la paternidad socioafectiva.

5) El vínculo afectivo al colisionar con el biológico, resulta ser el más relevante en la determinación de la identidad de las niñas, niños y adolescentes, por corresponderse con los principios y derechos consagrados

en su normativa específica, como la Convención sobre los Derechos del Niño; y que en buena cuenta, repercute de mejor manera en su desarrollo físico, emocional, y de su personalidad.

6) El vínculo netamente biológico también identifica a las niñas, niños y adolescentes en su relación con sus padres; sin embargo, al colisionar con el afectivo, debe primar este, en la medida que haya forjado una identidad familiar. No obstante, nada impide conocer los orígenes biológicos, por no existir incompatibilidad con el afecto. El Estado investiga libremente la paternidad.

7) La afectividad, como vínculo filial, debe priorizarse al momento de determinar la identidad de las niñas, niños y adolescentes, siendo insuficiente el vínculo biológico o genético. En sentido, características de afecto y vivencias familiares, que son expresiones del derecho a vivir en familia y de crecer en un ambiente afectivo, de seguridad material y moral; deben ser escudriñados por los operadores de justicia. Asimismo, estos últimos deben ser garantes del derecho de dichas personas a expresar sus opiniones, libre de vicios, de alienaciones, informada, coherente, responsable y madura hasta cierto punto o acorde a las circunstancias; dado que también es una forma de coadyuvar o reforzar su identidad familiar de índole filial, pero cuya valoración debe ser prudente y en consonancia con los demás medios de prueba, dado que el operador de justicia debe hacer prevalecer su mejor interés.

RECOMENDACIONES

Luego de estudiado y analizado nuestro tema de tesis, resulta importante resaltar y compartir ciertos criterios de interpretación al momento de priorizar el vínculo afectivo, como aquel que mejor refleja la identidad de las niñas, niños y adolescentes en procesos de impugnación, negación o reclamación de paternidad, y que de algún modo sirvan de pautas interpretativas por los operadores judiciales, fiscales y todo aquel que coadyuve en las soluciones de esta temática.

En ese sentido, a modo de recomendaciones, compartimos alcances o pautas interpretativas en formato de Guía o Referencia para los operadores de justicia. A continuación se detalla:

“GUÍA SOBRE PAUTAS INTERPRETATIVAS PARA PRIORIZAR EL VÍNCULO AFECTIVO COMO AQUEL QUE MEJOR REFLEJA LA IDENTIDAD DE LAS NINAS, NINOS Y ADOLESCENTES EN PROCESOS DE IMPUGNACION, NEGACION O RECLAMACION DE PATERNIDAD”

Formulado por: Tesista de Maestría: Josué Morales Cerna

- I. **OBJETIVO:** Fijar pautas interpretativas al momento que los operadores jurisdiccionales deban resolver sobre causas vinculadas a determinar la identidad idónea de las niñas, niños y adolescentes, cuando se confrontan vínculos afectivos y biológicos; priorizando los primeros, dado que reflejan mejor su identidad.

II. FINALIDAD: Establecer y salvaguardar el vínculo afectivo como el mejor que identifica a las niñas, niños y adolescentes con su entorno familiar de índole filial; y de esta forma, velar por su desarrollo integral.

III. BASE LEGAL

3.1 Resolución Legislativa N° 25278, que aprueba la “Convención sobre los Derechos del Niño”.

3.2 Constitución Política del Perú.

3.3 Código Civil.

3.4 Ley N°27337, Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes y modificatorias.

3.5 Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño.

3.6 Ley 28457, que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

3.7 Decreto Legislativo 1377, que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes.

3.8 Decreto Legislativo N° 1297, Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos.

IV. ALCANCE: La presente Guía sirve como referencia para todos los órganos jurisdiccionales, fiscales y entidades que de algún modo deban pronunciarse o resolver sobre la mejor identidad de las niñas, niños y adolescentes, cuando colisionen los vínculos afectivos y biológicos; priorizando, bajo estos criterios, los primeros, dado que son los que mejor reflejan su identidad.

V. GLOSARIO DE TÉRMINOS

5.1 Filiación: Es aquel vínculo o relación jurídica existente entre padres e hijos, que una vez establecida, genera los derechos y deberes entre ambos.

5.2 Vínculo biológico: Es aquel vínculo parental el cual se caracteriza por el compartimiento de genes. Para efectos de la paternidad biológica, debe entenderse como aquel vínculo entre padres e hijos, basado en la verdad biológica que los une, lo que se prueba a través del ADN.

5.3 Paternidad socioafectiva: Es aquella paternidad que se ejerce, primando el afecto entre sus miembros, sin que necesariamente exista un vínculo biológico entre ellos. La paternidad socioafectiva es reflejo de una paternidad responsable, basado en una posesión constante de estado, en el cual el efecto es la esencia de dicho vínculo.

5.4 Identidad: La identidad es un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución y en Tratados Internacionales de los que nuestro país es parte. Dicho derecho entiende al ser humano, como único e irrepetible, cuyas características estáticas y dinámicas lo diferencia en la sociedad, y le brindan individualidad; lo identifican plenamente.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1 Identificación del vínculo afectivo: En todo proceso o procedimiento en el que se impugne, niegue o reclame la paternidad, ya sea extramatrimonial o matrimonial, los operadores de justicia, además de verificar el vínculo biológico, a través de los mecanismos pertinentes y bajo un debido proceso, deberán analizar la existencia o no del vínculo afectivo entre las partes, ya sea del propio recurrente o de tercera persona, a fin de valorar tal situación al momento de determinar la identidad de las niñas, niños y adolescentes, dado que debe identificarse al afecto como parte de su bienestar integral; por ende, debe emitirse un pronunciamiento al respecto, y no ausencia argumentativa en ese extremo.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1. Criterios: Los órganos jurisdiccionales, fiscales y otros que coadyuven a la administración de justicia, deberán priorizar al vínculo afectivo, como aquel que mejor refleja la identidad de las niñas, niños y adolescentes en procesos de impugnación, negación o reclamación de paternidad, extramatrimonial o matrimonial; así como valorar otras circunstancias que coadyuven a la identidad de dichas personas, pero sin dejar de lado, en la medida de lo posible, la afectividad; todo ello bajo los siguientes criterios:

a) Cronológico: Deberá valorarse la edad de la niña, niño y adolescente en el proceso de impugnación, negación o reclamación de paternidad, extramatrimonial o matrimonial, en referencia al tiempo que

llevan inmersos bajo una presunta paternidad, así como la capacidad de discernimiento y progresiva de ejercicio de derecho.

b) Relaciones familiares, sociales o afecto *per se*: En todo proceso o procedimiento en el que se tenga que emitir una decisión o pronunciamiento sobre la identidad de las niñas, niños y adolescentes, deberá valorarse las relaciones familiares de índole filial, es decir, la posesión constante de estado filial, relaciones afectivas o vivencias familiares; por lo que, deberá analizarse en forma minuciosa, los signos, rasgos o exteriorizaciones de hecho entre las partes, que impliquen un tratamiento de hija o hijo, por parte del recurrente o terceras personas; sin importar, evidentemente, que al momento de la interposición de la demanda respectiva, dichos signos de afectos, se hayan desvanecido.

c) Opinión o declaración: En los procesos o procedimientos sobre impugnación, negación o reclamación de la paternidad, extramatrimonial o matrimonial, de las niñas, niños y adolescentes, es relevante tener en consideración las declaraciones, argumentos u opiniones que expresen, más aún si se trata de un derecho fundamental específico que les corresponden. En ese sentido, deberá valorarse sus declaraciones sobre el vínculo que mejor refleje su identidad, puesto que son ellas y ellos quienes conocen su ambiente familiar; claro está, sin dejar de lado, en la medida de lo posible, el afecto que se desprenda de las relaciones familiares, así como el hecho de que tal opinión debe estar libre de vicios, de alienaciones, informada, coherente, responsable y madura hasta cierto punto o acorde a las circunstancias. En ese sentido, debe atenderse a su edad, grado de madurez,

discernimiento, demás acreditaciones indiciarias que resulten del proceso o procedimiento, y sobre todo, en consonancia con su mejor interés.

d) Motivaciones de impugnación: Resulta relevante analizar las motivaciones por las que el recurrente impugna, niega o reclama la paternidad, sobre todo en casos de la impugnación del propio reconocimiento, dado que si bien debe desentrañarse la identidad de las niñas, niños y adolescentes, por ejemplo, al comprobarse a través de una prueba de ADN (vínculo biológico), también lo es que el reconocimiento es irrevocable, y meros caprichos o motivaciones arbitrarias, en principio, no deberían justificar la anulación de una identidad, si se tiene en cuenta la precariedad o incertidumbre a la que se sometería a dichas personas. En ese sentido, deberá analizarse, teniendo en cuenta lo antes referido, y en la medida de lo pertinente, los criterios precedentes.

e) Conformidad o ausencia de contradicción del padre afectivo: En los procesos de impugnación, negación o reclamación de paternidad, extramatrimonial o matrimonial, debe valorarse el hecho que una de las partes (padre legal), no niegue, contradiga o se deslinde de la paternidad que ha asumido, y se ha cimentado a través de los años, mediante el afecto o vivencias familiares; lo cual toma relevancia si de por medio se pretende anular dicha paternidad, en base al vínculo biológico acreditado por tercera persona.

f) Coexistencia entre los vínculos afectivos y biológicos: Resulta ideal que recaiga sobre una misma persona, tanto el vínculo biológico como afectivo; lo que de ser el caso, debe ser priorizado y valorado por los

órganos jurisdiccionales, fiscales o todo aquel que coadyuve a la administración de justicia; por ende, debe prevalecer dicho tipo de identidad, en la que interactúan tanto el afecto como el compartimiento de genes o también conocido como “paternidad plena”.

7.2. Otros Criterios: Los criterios antes precisados, son referenciales por naturaleza, servirán de guía o pautas interpretativas por los órganos jurisdiccionales, fiscales o demás entidades que coadyuven a la administración de justicia en esta materia. No son criterios jerarquizados, ni se agotan en los propuestos; dejando a salvo demás interpretaciones por los órganos competentes, considerando como principio rector, el Interés Superior de la niña, niño y adolescente.

VIII. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS.

La presente guía o pautas interpretativas son referenciales, y pueden ser complementadas por los órganos competentes; sin embargo, se sugiere su valoración en casos en lo que se deba evaluar y priorizar la afectividad como aquella que mejor refleja la identidad de las niñas, niños y adolescentes en procesos de impugnación, negación o reclamación de paternidad, ya sea extramatrimonial o matrimonial.

FUENTES DE INFORMACIÓN

REFERENCIA BIBLIOGRAFICAS

ASPIRI, J. (2000). Derecho de Familia. Buenos Aires: Hammurabi.

ASSIS, Z (2012). Filiacao e paternidade sócio-afectiva: um estudo comparative Brasil-Portugal. Colocacao do problema no ordenamiento brasileiro. En S. Almeida, (Ed). Parentalidade sócio-afectiva (p. 117). Coimbra, Portugal: Almedina.

BARLETTA, M (2018). Derecho de la niñez y adolescencia. Lima: Fondo editorial PUCP.

Berenice Dias, María. Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales. Revista Jurídica UCES.

BERMUDEZ, M (2015). Paternidad responsable, derechos y deberes de padres e hijos, igualdad de los hijos. En W. Camacho (Ed.), La Constitución Comentada. Lima: Gaceta Jurídica.

BERNALES, E (1996). La Constitución de 1993: Análisis comparado. Lima: Konrad Adenauer y CIDLA.

BUENO, E. (1996). La investigación de la filiación y las pruebas biológicas. Santa Fe de Bogotá: Gustavo Ibáñez.

CHUNGA, F., CHUNGA, C., CHUNGA, L (2012). Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos. Lima: Grijley.

Código de los niños y adolescentes. Ley N° 27337, 07 de agosto de 2000 (Perú).

Convenio relativo a la protección del niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional. Hecho en la Haya, 29 de mayo de 1993.

Recuperado de:
https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_Haya_Proteccion_del_Nino_Cooperacion_en_Materia_Adopcion_Internacional_Espana.pdf

- CORRAL, H (2005). Derecho y derechos de la familia. Lima: Grijley.
- D'ANTONIO, D (2001). Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada y anotada exegéticamente con jurisprudencia nacional y extranjera. Buenos Aires: Astrea.
- FERNÁNDEZ, C (2015). Derecho a la identidad personal. Lima: Instituto Pacífico.
- FERNÁNDEZ, C (2006). Derecho a la vida, a la integridad, a la libertad y al bienestar. En W. Camacho (Ed.), La Constitución Comentada. Lima: Gaceta Jurídica.
- FERNÁNDEZ, C (1992). Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Astrea.
- FERNÁNDEZ, M (2013). Manual de Derecho de Familia. Constitucionalización y Diversidad Familiar. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- FERNANDO FELDMAN, José Javier Hualde Sanchez, Esther Muniz Espada, Estelle Roy. Código Civil. 2015, pp.653. halshs-01402630.
- FUJITA, J (2011). Filiacao. Sao Paolo: Atlas.
- GROSMAN, C (1998). Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- HUAMANCAYO, Juan (2009). El derecho a la identidad V.S. el derecho a la verdad biológica ¿Se está aplicando correctamente el control difuso en el caso de los arts. 364 y 400 del Código Civil?. En C. Calderón, M.

Zapata, C. Agurto (Eds.), *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego* (p.139). Lima, Perú: Motivensa.

JARAMILLO, I (2008). Familia: violencia sexual y no sexual en la familia. En: Motta & Sáez (eds), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana* (pp. 267-268). Tomo I. Bogotá: Siglo del Hombre.

Krasnow, A. (2019). La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Scielo. Recuperado de: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502019000100071

LAMUS, D (2002). *Maternidad y paternidad*. Bucaramanga: UNAB.

LOBO, Paulo (2010). Socioafetividade no direito de familia: a persistente trajetória de um conceito fundamental. En M. Berenice, E. Ferreira, N. Márcio (Eds). *Afeto e estruturas familiares* (460). Belo Horizonte, Brasil: Del Rey/IBDFAM.

LÓPEZ DEL CARRIL, J (1976). *La filiación*. Buenos Aires, Argentina. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.

MÉNDEZ, M (1996). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

MORALES, Ignacio (2019). El daño moral producido por no ser reconocido jurídicamente por el padre biológico como hijo o por la no revelación de la identidad del padre biológico por parte de la madre. En D. Lobatón, *II Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia: Violencia contra niños, niñas y adolescentes en colectivos vulnerables. Concurso internacional de ponencias*. (pp. 173-174). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- PARRA, J (2008). Derecho de Familia. Bogota: Temis.
- PAZ, F. (2002). Derecho de familia y sus instituciones. Bolivia: Gráfica G.G.
- PEREIRA, F, DE OLIVEIRA, G (2006). Curso de direito da familia. Vol. II. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.
- PETTIGIANI, Eduardo (2009). Escuchar al menor es conocerlo. En A. Kemelmajer (Dir.), M. Herrera (Coord.), La familia en el nuevo derecho (pp.217-218). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- PLÁCIDO, Á (2015). Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lima: Instituto Pacífico.
- PLÁCIDO, A (1997). Ensayos sobre derecho de familia. Lima: Rodhas.
- PLÁCIDO, A (2006). El modelo de familia en la Constitución y los diferentes tipos de convivencia. En: Iuris Consulto. Revista de la carrera de Derecho (p. 203). Lima, Perú.
- PLANIOL, M., RIPERT, G (1948). Traité élémentaire de droit civil. Paris, Francia. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- RISO, W (2013). La afectividad masculina. Lo que toda mujer debe saber acerca de los hombres. Lima: Planeta.
- ROCA, E (1999). El derecho a contraer matrimonio y la regulación de las parejas de hecho. En VV.AA., Puntos capitales de derecho de familia en su dimensión internacional (pp. 145-162). Madrid, España: Dykinson.
- Torreblanca, L. (2018). Hacia una solución proporcional y tuitiva en los procesos de cuestionamiento de la paternidad en el Perú, (tesis para optar el grado de magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP, Lima).

Recuperada de:
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13502/TORREBLANCA_GONZALES_LUIS_GIANCARLO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

TORRES, N (2008). La identidad y la filiación. Suplemento Actualidad, La Ley, p. 1.

UNICEF, Documento de trabajo 2. El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos. Recuperado de:
<https://www.unicef.org/chile/media/6581/file/derecho%20a%20ser%20oído.pdf>

VARSÍ, E (2020). Tratado de Derecho de Derecho de Familia. Derecho de la filiación. (2da ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

VARSÍ, E (1999). Filiación, Derecho y Genética. Lima: Fondo Editorial de Cultura Económica-Perú.

VARSÍ, E (2020). Tratado de Derecho de Familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia. (2da ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

VARSÍ, E. y Chávez, M. (2018). La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y lo biológico. Research Gate. Recuperado de:
https://www.researchgate.net/publication/330006295_La_multiparentalidad-_la_pluralidad_de_padres_sustentados_en_el_afecto_y_en_lo_biologico

VEGA, Y (2019). Las nuevas fronteras del Derecho de Familia. (2da ed.). Lima: Motivensa.

VILA-CORO, M (1992). Los límites de la bioética. Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética (conversaciones en Madrid), (1), p. 76.

VILA-CORO, M (1995). Introducción a la biojurídica. Madrid: Eudema S.A.

VILA-CORO, M (1997). Huérfanos biológicos. Madrid: San Pablo.

ZANNONI, E (1997). Identidad personal y pruebas biológicas. Revista de derecho privado y comunitario, (13).

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fornerón e hijas vs Argentina, sentencia 27 de abril de 2012. Recuperado de: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y niñas vs Chile, sentencia. 24 de febrero de 2012. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Sentencias del Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional del Perú. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Expediente N°. 01817-2009-HC/TC-Lima; 07 de octubre de 2009.

Tribunal Constitucional del Perú. Pleno del Tribunal Constitucional. Expediente N°. 2488-2002-HC/TC-Piura; 18 de marzo de 2004.

Tribunal Constitucional del Perú. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Expediente N°. 01821-2013-PHC/TC-Junin; 11 de diciembre de 2014.

Tribunal Constitucional del Perú. Sala Primera del Tribunal Constitucional. Expediente N°. 09332-2006-PA/TC-Lima; 30 de noviembre de 2007.

Sentencias de la Corte Suprema

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil Transitoria. Casación 864-2014 Ica; 01 de setiembre de 2014.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil Transitoria. Casación 3776-2010 Del Santa; 07 de octubre de 2011.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil Transitoria. Casación 2112-2009 Callao; 29 de marzo de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil Permanente. Casación 3797-2012 Arequipa; 18 de junio de 2013.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil Permanente. Casación 950-2016 Arequipa; 29 de noviembre de 2016.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil Transitoria. Casación 2726-2012 Del Santa; 17 de julio de 2013.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Consulta 4700-2014 La Libertad; 20 de enero de 2015.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Consulta 15157-2013 Del Santa; 15 de mayo de 2014.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Consulta 7307-2014 Arequipa; 20 de enero de 2015.

Ministerio Público

Ministerio Público. Primera Fiscalía Provincial Civil y Familia de Huánuco. Caso N° 1769-2015/Dictamen N° 097-2015; 04 de diciembre de 2015.

Sentencias de Brasil

Sétima Câmara Civil. Comarca de Porto Alegre – Brasil. Apelación Civil N°
70014859938; 13 de setiembre de 2006.

Sétima Câmara Civil. Comarca de Porto Alegre – Brasil. Apelación Civil N°
70015877756; 27 de setiembre de 2006.

Sétima Câmara Civil. Comarca de Porto Alegre – Brasil. Apelación Civil N°
70015260821; 27 de setiembre de 2006.