

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho

TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

**CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA REGULACIÓN
LEGISLATIVA DE LA FILIACIÓN SOCIO AFECTIVA EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

POR

Bach. Silvia Patricia Huamán Huamán

Bach. Luis Rony Huamán Morales

ASESORA:

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga

Cajamarca – Perú

Abril – 2021

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho

TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

**CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA REGULACIÓN
LEGISLATIVA DE LA FILIACIÓN SOCIO AFECTIVA EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar
el Título Profesional de Abogado

Bach. Silvia Patricia Huamán Huamán

Bach. Luis Rony Huamán Morales

Asesor: Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga

Cajamarca – Perú

Abril – 2021

COPYRIGHT © 2021 BY:

Silvia Patricia Huamán Huamán

Luis Rony Huamán Morales

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

**CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA REGULACIÓN LEGISLATIVA DE
LA FILIACIÓN SOCIO AFECTIVA EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO**

Presidenta: Rocío del Pilar Ramírez Sánchez

Secretaria: Gloria Vílchez Aguilar

Asesora: Sandra Verónica Manrique Urteaga

DEDICATORIA

A:

Dios por darnos la vida, salud y la fuerza todos los días.

A:

Nuestros padres por su orientación y enseñanzas, quienes nos brindan su apoyo incondicional para ser mejores cada día y lograr nuestros sueños y metas.

AGRADECIMIENTO

- ✓ *A la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, por habernos albergado en sus aulas, formándonos profesionalmente.*

- ✓ *A nuestros padres, quienes estuvieron apoyándonos con sus buenas enseñanzas durante todo este tiempo.*

- ✓ *A nuestra asesora Sandra Verónica Manrique Urteaga, por el tiempo, paciencia y dedicación con nuestra tesis, porque sin ella no hubiese sido posible concretarlo.*

- ✓ *A nuestros hermanos, por su apoyo, cariño y por estar en los momentos más importantes de nuestras vidas.*

INDICE

DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
INDICE	vii
ÍNDICE DE TABLAS	xvi
RESUMEN	xvii
ABSTRACT	xiv
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	3
1.1. Problema de investigación	3
1.1.1. Planteamiento del problema de investigación	3
1.1.2. Formulación del problema	4
1.1.3. Justificación del problema	4
1.2. Objetivos de la investigación	6
1.2.1. Objetivo general	6
1.2.2. Objetivos específicos	6
1.3. Marco teórico	6
1.3.1. Teorías que sustentan la investigación	6

1.3.1.1.	Teoría de la constitucionalización del ordenamiento jurídico.....	6
1.3.1.2.	Teoría de los derechos humanos.....	9
1.3.1.3.	Teoría de la paternidad socio afectiva.....	9
1.3.2.	Bases teóricas.....	10
1.3.2.1.	Antecedentes de la filiación.....	10
1.3.2.2.	Antecedentes de constitucionalización.....	11
1.3.3.	Definición de términos básicos.....	12
1.3.3.1.	Filiación.....	12
1.3.3.2.	Filiación socio afectiva.....	12
1.3.3.3.	Constitucionalización.....	12
1.3.3.4.	Derecho a la identidad.....	13
1.3.3.5.	Principio del interés superior del niño.....	13
1.4.	Hipótesis.....	13
1.4.1.	Operacionalización de las variables.....	14
1.5.	Metodología de la investigación.....	21
1.5.1.	Aspectos generales.....	21
1.5.1.1.	Enfoque.....	21
1.5.1.2.	Tipo.....	21
1.5.1.3.	Diseño.....	22
1.5.1.4.	Dimensión temporal y espacial.....	22

1.5.2.	Aspectos específicos.....	22
1.5.2.1.	Unidad de análisis.....	22
1.5.2.2.	Universo.....	23
1.5.2.3.	Muestra.....	23
1.6.	Métodos	23
1.6.1.	Dogmática jurídica.....	23
1.7.	Técnicas de investigación.....	23
1.8.	Instrumentos	23
1.9.	Limitaciones	23
1.10.	Aspectos éticos de la investigación	24
CAPÍTULO II		25
CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO.....		25
2.1.	Orígenes de la constitucionalización.....	25
2.2.	Definición de la constitucionalización.....	26
2.3.	Constitucionalización del derecho civil	27
2.4.	Constitucionalización del derecho de familia	28
2.5.	Constitucionalización de la filiación	30
CAPITULO III.....		32
FILIACIÓN		32
3.1.	Antecedentes históricos.....	32
3.2.	Definición	32

3.2.1.	Como vínculo	33
3.2.2.	Como estado de familia.....	33
3.2.3.	Como relación.....	33
3.2.4.	Hecho biológico	33
3.3.	Naturaleza	34
3.3.1.	Derecho.....	34
3.3.2.	Relación jurídica	34
3.3.3.	Atributo de la personalidad	34
3.3.4.	Acto jurídico o hecho jurídico.....	35
3.4.	Principios de derecho a la filiación	35
3.4.1.	Protección especial al hijo	35
3.4.2.	Paternidad socio afectiva.....	35
3.4.3.	Inmutabilidad del vínculo biológico y mutabilidad de la relación filatoria.....	36
3.4.4.	Medio de realización de la persona	36
3.5.	Filiación matrimonial.....	36
3.5.1.	Presupuestos	36
3.5.1.1.	Matrimonio de los progenitores.....	36
3.5.1.2.	Concepción y nacimiento.....	37
3.5.2.	Teorías.....	37
3.5.2.1.	Concepción.....	37

3.5.2.2. Nacimiento.	37
3.5.2.3. Mixta.	37
3.6. Filiación extramatrimonial	38
3.7. Determinación de la filiación	38
3.7.1. Filiación matrimonial	38
3.7.2. Filiación extramatrimonial.....	38
3.7.2.1. Reconocimiento voluntario.....	38
3.7.2.2. Declaración judicial de paternidad extramatrimonial.	39
3.8. Filiación socio afectiva	39
3.8.1. Principio voluntarista que sustenta la filiación affectionis.....	41
3.8.2. Características de la filiación socio afectiva	41
3.9. Desbiologización de la paternidad	41
3.10. El renacimiento de posesión de estado	42
3.11. La filiación en el derecho constitucional peruano	43
3.12. Evaluación de las casaciones que versan sobre impugnación desde el año 2010 al 2019, para verificar la paternidad socio-afectiva	43
3.12.1. Casaciones en las que se evidencian una filiación socio afectiva ..	43
3.12.2.1. Casación N° 1972-2009	55
3.12.2.2. Casación N° 2112-2009.....	56
3.12.2.3. Casación N° 3267-2011.....	57
3.12.2.4. Casación N° 0997-2012.....	58

3.12.2.5. Casación N° 1602-2011.....	58
3.12.2.6. Casación N° 1819-2012.....	59
3.12.2.7. Casación 3776-2010.....	60
3.12.2.8. Casación N° 2726-2012.....	61
3.12.2.9. Casación N° 2529-2012.....	62
3.12.2.10. Casación N° 864-2014.....	63
3.12.2.11. Casación N° 2245-2014.....	64
3.12.2.12. Casación N° 1622-2015.....	66
3.12.2.13. Casación N° 4976-2017.....	67
3.12.2.14. Casación N° 5613-2017.....	67
3.12.1.15. Casación N° 788-2018.....	68
CAPITULO IV	71
DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD.....	71
4.1. Antecedentes del derecho a la identidad	71
4.2. Definición del derecho a la identidad	72
4.3. Derecho a la identidad en su dimensión estática	73
4.4. Derecho a la identidad en su dimensión dinámica	73
4.5. Marco normativo	75
4.5.1. Nacional.....	75
4.5.2. Internacional.....	75

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y	
DERECHO A VIVIR EN UNA FAMILIA	76
5.1. Derecho al libre desarrollo de la personalidad	76
5.1.1. Antecedentes del derecho al libre desarrollo de la	
personalidad	76
5.1.2. Definición	77
5.1.3. Protección jurídica	78
5.1.3.1. Regulación jurídica en nuestro sistema nacional	78
5.1.3.2. La protección internacional	78
5.2. Derecho a vivir en una familia	79
5.2.1. Concepto	80
5.2.2. Principios para una eventual separación de un niño de su	
familia	82
5.2.2.1. Principio de necesidad	82
5.2.2.2. Principio de excepcionalidad	83
5.2.3. Protección jurídica	83
5.2.3.1. Protección internacional	83
CAPÍTULO VI	85
PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y PATERNIDAD	
RESPONSABLE	85
6.1. Principio de interés superior del niño	85

6.1.1. Fuerza normativa	85
6.1.1.1. Nacional.....	85
6.1.1.2. Internacional.....	87
6.1.2. Concepto	88
6.1.3. La aplicación del principio del interés superior del niño en el derecho a tener una familia.....	88
6.1.4. La aplicación del principio del interés superior del niño en el derecho a la identidad.....	89
6.2. Paternidad responsable.....	89
6.2.1. Concepto	89
6.2.2. Regulación jurídica	90
6.2.2.1. Nacional.....	90
6.2.2.2. Internacional.....	91
CAPITULO VII.....	94
LA EXPERIENCIA COMPARADA: BRASIL	94
7.1. Paternidad socio afectiva	94
7.2. Filiación socio afectiva	94
7.3. Regulación socio afectiva en la Constitución Brasileña	95
7.4. El principio de afectividad y paternidad socio afectiva	96
7.4.1. Características del principio de afectividad	97
7.4.2. Presupuestos del principio de afectividad.....	97

CAPITULO VIII	98
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	98
8.1. Resultados	99
8.1.1. Que a través de la constitucionalización del derecho de familia se contribuye a dar un paso para la regulación de la institución de la filiación socio afectiva.	99
8.1.2. Se garantiza la protección al derecho a la identidad dinámica, derecho a vivir en una familia y derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor.	101
8.1.3. Demuestra la importancia del principio del interés superior del niño(a) y adolescente; y paternidad responsable.	103
8.1.4. Importancia de la doctrina y la jurisprudencia sobre la filiación socio afectiva.	104
8.2. Discusión	105
CONCLUSIONES	108
RECOMENDACIONES	109
REFERENCIAS	110

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Variables	14
Tabla 2: Casación N° 3797-2012-Arequipa.....	43
Tabla 3: Casación N° 2340-2015-Moquegua.....	46
Tabla 4: Casación N° 950-2016-Arequipa.....	48
Tabla 5: Casación N° 5646-2017-Arequipa.....	51

RESUMEN

La institución de la filiación ha ido evolucionando a través del tiempo, es así que surge el problema de la presente investigación ¿Cuáles son los criterios jurídicos para la regulación legislativa de la filiación socio afectiva en el ordenamiento jurídico peruano?; planteándonos como objetivo general: determinar los criterios jurídicos para la regulación legislativa de la filiación socio afectiva en el ordenamiento jurídico peruano; como objetivos específicos: determinar los alcances de la constitucionalización del derecho de familia, analizar que la ausencia normativa de la filiación socio afectiva afecta al derecho a la identidad, derecho a vivir en una familia y libre desarrollo de la personalidad del menor, analizar la importancia de garantizar el principio del interés superior del niño y paternidad responsable. Planteando la siguiente hipótesis, los criterios jurídicos para la regulación legislativa de la filiación socio afectiva son: la constitucionalización del derecho de familia, la protección de los derechos fundamentales: a la identidad, a vivir en una familia, al libre desarrollo de la personalidad y salvaguardar la aplicación del principio del interés superior del niño y paternidad responsable. Para demostrar lo señalado anteriormente desarrollaremos la constitucionalización del derecho de familia; analizaremos casaciones al respecto, usando fichas de recojo y utilizando la dogmática jurídica.

Palabras clave: derecho de familia, constitucionalización, filiación socio afectividad

Línea de investigación: derecho de familia y derecho Constitucional

ABSTRACT

The filiation of the institution has evolved and it makes the problem of the present investigation arises. What are the legal criteria for legislative regulation of the socio-affective filiation in the Peruvian legal system? Considering as general objective: to determine the legal criteria for legislative regulation of the socio-affective filiation in the Peruvian legal system; as specifics objectives: to determine models of the constitutionalization of family law and the socio-affective relationship, to prove that the normative absence of the socio-affective filiation affects the right to identity, to the right to live in a family and the free development of the minor's personality; to analyze the importance of guaranteeing the principle of the best interest of the minor and responsible paternity. Presenting the next hypothesis, the legal criteria for legislative regulation of the socio-affective filiation are: the constitutionalization of family law, the protection of the fundamental rights: to the identity, to live in a family, to the free development of minor's personality and protect the application of the principle of the best interest of the minor and responsible paternity. To demonstrate all that mention before, we develop the constitutionalization of family law and the socio-affective filiation, cassation analysis, using pick-up tokens, and using legal dogmatic.

Keywords: family law, constitutionalization, socio-affective filiation.

Investigation line: family law, children and teenagers and constitutional

INTRODUCCIÓN

El derecho de familia es una de las disciplinas jurídicas de mayor evolución en los últimos años, lo cual se ve reflejado en algunas instituciones jurídicas como es el caso de la filiación, que desde un enfoque contemporáneo de la nueva teoría institucional, jurídica y principista de las relaciones familiares se fundan en el afecto; por ello con la presente investigación buscamos dar criterios jurídicos para la regulación legislativa de la filiación socio afectiva en el ordenamiento jurídico peruano, pues en la actualidad existen filiaciones fundadas en la afectividad y no en el vínculo biológico, tal como se puede evidenciar en los procesos de impugnación de paternidad, específicamente en las casaciones N° 950-2016, N° 2340-2015, N° 3797-2012 y N° 5646-2017, dando así un espacio para la construcción de un aspecto socio afectivo en torno a la institución de la filiación. Siendo así que a partir de estas decisiones judiciales es constitucionalmente viable proporcionar un lugar al aspecto o cariz dinámico del derecho a la identidad, claro está atendiendo a cada caso en concreto, en los procesos que versen sobre la filiación.

Para determinar los criterios jurídicos para la regulación legislativa de la filiación socio afectiva en el ordenamiento jurídico peruano, nos hemos planteado los siguientes objetivos, como objetivo general, determinar los criterios jurídicos para la regulación legislativa de la filiación socio afectiva en el ordenamiento jurídico peruano; y como objetivos específicos: determinar los alcances de la constitucionalización del derecho de familia, analizar que la ausencia normativa de la filiación socio afectiva afecta el derecho a la identidad, el derecho a vivir en una familia y al libre desarrollo de la personalidad del menor, analizar la

importancia de garantizar el principio del interés superior del niño(a) y adolescente, y paternidad responsable, examinar la importancia de la doctrina y jurisprudencia sobre la filiación socio afectiva en el ordenamiento jurídico peruano.

La presente investigación es de gran importancia, pues existen nuevas realidades sociales que el derecho no regula, dentro de ellas la filiación socio afectiva, la que debe ser recogida por el ordenamiento jurídico a fin de salvaguardar los derechos del niño/niña y adolescente desde la norma constitucional e internacional; siendo una manera de proteger esos derechos el aplicar la constitucionalización del derecho de familia. Por otro lado, afirmamos que los criterios para la regulación legal de la filiación socio afectiva en el ordenamiento jurídico peruano son: la constitucionalización del derecho de familia, la protección de los derechos fundamentales: a la identidad, a vivir en una familia y al libre desarrollo de la personalidad, así mismo salvaguardar el interés superior del niño y paternidad responsable. Finalmente recalcar que la presente investigación es de tipo básica, puesto que vamos a analizar conocimientos disponibles; respecto al diseño es descriptivo y explicativo, el primero se basa en los antecedentes y definiciones de la filiación socio afectiva y la segunda en las causas y motivos para la regulación legislativa de la filiación socio afectiva en el ordenamiento jurídico peruano.

CAPÍTULO I

1.1. Problema de investigación

1.1.1. *Planteamiento del problema de investigación*

La familia como el núcleo fundamental de nuestra sociedad es de gran importancia para el desarrollo de las personas, puesto que en su seno se cultivan los valores de cada uno de sus integrantes, por ello las instituciones del derecho de familia deben ser vistas desde la óptica del derecho público y no del derecho privado, por cuanto ellas son los pilares fundamentales de la sociedad, por esta razón el Estado debe tener entre sus principales obligaciones la defensa y protección de la misma. Además debe garantizar la protección de las familias que han ido surgiendo a lo largo de las últimas décadas, cambios y evoluciones al cual el derecho no ha sido ajeno, ya que este es cambiante igual que la sociedad; es así que el derecho de familia también lo ha hecho, puesto que es el área más propensa al cambio, debido a la evolución social.

Es por ello, que en la actualidad hay nuevos conflictos familiares que han surgido por las formaciones de diferentes familias, es decir, hay variedad de realidades sociales familiares que no están reguladas debidamente por la ley; como es el caso de la filiación socio afectiva, la cual ha surgido dejando de lado las presunciones relativas en las que principalmente se apoyaban y la prueba de ADN; creando un espacio al aspecto socio afectivo, ya que con la filiación se construye el derecho a la identidad (conjunto de atributos y características para individualizar a una persona), el mismo que no solo puede basarse en un aspecto de la identidad, que sería el cariz estático, sino también en el matiz dinámico. El primer aspecto está referido a la visión del sujeto (nombres, características físicas,

etc.); mientras que el segundo se basa en pensamientos, creencias y comportamientos que ya son intersubjetivos de cada persona.

Por otro lado, han surgido decisiones judiciales que han hecho prevalecer la filiación socio afectiva, como es el caso de las casaciones N° 950-2016, N° 2340-2015, N° 3797-2012 y N° 5646-2017, en las que se sobrepone las normas principios (protección de derechos fundamentales) dejando de lado las normas reglas del Código Civil; estas decisiones van enfocadas a la constitucionalización del derecho, entendiéndose por esta como “un proceso que tiene como principal característica la extensión de la fuerza normativa de la Constitución a la interpretación y aplicación de las distintas ramas del derecho” (Alvites Alvites, 2018, p. 362). Lo que implica que el ordenamiento jurídico se fundamenta en la Constitución y no en ley. Siendo necesaria la aplicación de la constitucionalización de la filiación socio afectiva, para lograr de esa manera que el derecho se ajuste a la realidad de cada familia, para proteger el interés superior del niño; es así que a partir de ello es necesario formularnos la siguiente pregunta.

1.1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son los criterios jurídicos para la regulación legislativa de la filiación socio afectiva en el ordenamiento jurídico peruano?

1.1.3. Justificación del problema

La presente investigación será relevante y de gran sustento para la ciencia jurídica, especialmente para la rama del derecho de familia; debido a que algunas jurisprudencias peruanas muestran que la institución de la filiación ya no depende solo del vínculo biológico, sino también de un criterio socio afectivo, el mismo

que ha ido desarrollándose en nuestro sistema jurídico, pero que aún no es uniforme.

Es por eso que, con la presente tesis buscamos dar criterios jurídicos para la regulación legislativa de la filiación socio afectiva en el ordenamiento jurídico peruano, con la finalidad de que se analice e intérprete en base a la norma constitucional y la constitucionalización del derecho de familia, lo que permitirá una apropiada protección del principio de interés superior del niño, niña, y adolescente; y se tenga en cuenta también la paternidad responsable porque a través de ella se podrá evaluar las condiciones de subsistencia y el lazo afectivo que tiene el padre con el menor, pues no solo basta darle las condiciones para el cumplimiento de la obligación frente al menor, sino brindarle afectividad.

Asimismo, la presente investigación resultará de vital importancia debido a que se busca garantizar los derechos fundamentales, como es el derecho a la identidad en su aspecto dinámico del menor (para la construcción de su identidad de una manera completa), además de proteger el derecho a vivir en una familia (la que busca que el niño(a) y adolescente se sienta identificado y realizado con las personas que compartió experiencias, sentimientos y afecto) e igualmente se priorice el derecho al libre desarrollo de su personalidad, y con ello se proteja el diseño y estilo de vida aprendida en el entorno familiar .

Además, estos criterios para la regulación filiación socio afectiva, también servirán de ayuda a los jueces para la motivación de sus sentencias cuando se pronuncien sobre procesos de filiación, dejando atrás la aplicación de una legislación decimonónica.

1.2. Objetivos de la investigación

1.2.1. Objetivo general

Determinar los criterios jurídicos para la regulación legislativa de la filiación socio afectiva en el ordenamiento jurídico peruano.

1.2.2. Objetivos específicos

- Determinar los alcances de la constitucionalización del derecho de familia.
- Analizar si la ausencia normativa de la filiación socio afectiva, afecta el derecho a la identidad dinámica, derecho a vivir en una familia y al libre desarrollo de la personalidad del menor.
- Analizar la importancia de garantizar el principio del interés superior del niño(a) y adolescente; y paternidad responsable.
- Examinar la importancia de la doctrina y jurisprudencia sobre la filiación socio afectiva en el ordenamiento jurídico peruano.

1.3. Marco teórico

1.3.1. Teorías que sustentan la investigación

1.3.1.1. Teoría de la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

La constitucionalización es el resultado de la metamorfosis del Estado de derecho a un Estado Constitucional de derecho, para proteger los derechos fundamentales y la dignidad de las personas, con mayor profundidad, puesto que la Constitución tiene fuerza obligatoria en todo el ordenamiento jurídico.

Ricardo Guastini define a la constitucionalización como el “proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ de las normas constitucionales.” (Ricardo Guastini citado por Robles Trejo L, Julca Guerrero F., Robles Blácido E & Flores Leiva V., 2015, p. 289).

Así mismo; el autor antes mencionado indica que la constitucionalización puede ser en grados, dejando de lado el aspecto todo o nada en cada sistema. Para ello nos brinda siete condiciones:

- a) La existencia de una Constitución rígida: las constituciones rígidas son aprobadas por un órgano constituyente, según Henrique Franco (2006), su reforma se produce por un procedimiento orgánico, es decir, hay una manera compleja para su reforma.
- b) La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Constitución debe imponerse frente a la ley y todo el ordenamiento jurídico.
- c) La fuerza vinculante de la Constitución: las normas constitucionales son aplicables de manera obligatoria a sus destinatarios, “(...) en consecuencia significa que todas sus normas son obligatorias y capaces de producir efectos jurídicos inmediatos.” (Robles Trejo L, Julca Guerrero F., Robles Blácido E & Flores Leiva v., 2015, p. 291).
- d) La sobre interpretación de la Constitución: la interpretación realizada por los jueces ordinarios, los órganos del Estado, juristas es extensiva; pudiendo extraer de ello normas implícitas, que regularían cualquier aspecto de la vida social o política.

- e) La aplicación directa de las normas constitucionales: la Constitución tiene que ser aplicada por cualquier autoridad en cualquier conflicto de interés.
- f) Interpretación conforme a las leyes: la interpretación dada sobre la ley por el juez, debe estar acorde con la Constitución, con ello armoniza la primera con la segunda, evitando conflictos entre ellas.
- g) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas: es preciso señalar:

(...) a) que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado (incluso entre órganos de los diversos niveles de gobierno en los Estados que sean federales o regionales), que permita a un órgano jurisdiccional resolverlos aplicando normas constitucionales; b) que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de *self restraint* (autocontrol) frente a lo que en alguna época se ha llamado las «*political questions*» (cuestiones políticas), sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional; y c) que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno (Ricardo Guastini citado por Robles Trejo L,

Julca Guerrero F., Robles Blácido E & Flores Leiva v.,
2015, p. 294).

1.3.1.2. Teoría de los derechos humanos.

Esta teoría tiene como expositor a Robert Alexy, él precisa que hay problemas entre la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales; distinguiendo dos tipos de normas en un ordenamiento jurídico: las reglas y principios.

La normatividad de las reglas es una norma de todo o nada, se aplica por completo o no se lo hace; la normatividad principios son mandatos de optimización, con validez prima facie.

De lo precisado líneas arriba se puede indicar que las normas reglas son aplicadas mediante subsunción y las normas principios se aplican mediante ponderación.

1.3.1.3. Teoría de la paternidad socio afectiva.

En la presente investigación se ha utilizado la teoría de paternidad socio afectiva, como señala Varsi Rospigliosi (2013) la paternidad socio afectiva es el trato en calidad de hijo, no importando el vínculo legal o sanguíneo que tenga, y se basa en el cariño; trasciende la imposición legal y se cimienta en la relación afectiva.

Esta teoría indica que se puede reconocer jurídicamente como padre a aquel que no tiene el dato biológico, sino que se basa en una relación afectiva, arraigándose a los lazos sentimentales, al amor y al

cariño con el hijo que solicita sea suyo. Y por ello, padre es quien nos cuida (alimenta, educa, etc.) y el progenitor es quien da vida, tal diferencia nos hace entender, que el afecto y las vivencias en la relación familiares diarias a veces suele ser más fuerte que solo el dato biológico.

Según Berenice Días (2013), la filiación socio afectiva, busca mantener la estabilidad de la familia, no por el hecho biológico o por la fuerza legal, sino como lazos de vivencias y mutua coexistencia.

1.3.2. Bases teóricas

1.3.2.1. Antecedentes de la filiación.

Se puede indicar que:

La generación de vida es la principal actividad del hombre. Aquel que puede realizarla se inmortaliza trascendiendo sus genes y nombre, la que considera a la filiación que es un instituto jurídico que surge con la familia monogámica a través de la cual las relaciones intersexuales entre varón y mujer es posible determinar, certera y exclusivamente, la paternidad del hijo. (Paz Espinoza citado por Varsi Rospigliosi, 2013, p. 317).

La filiación está determinada por los lazos de sangre, el vínculo que se desprende de la propia naturaleza humana y que une a padres, madres e hijos, en atención a la coincidencia en la carga genética determinada basándose en pruebas de validez científica como lo es el ADN. “La filiación que tiene lugar por naturaleza, presupone un nexo o vínculo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede

considerarse acreditado, la paternidad o maternidad quedan jurídicamente determinadas” (Plácido Vilcachagua, 2001, p. 274).

Para Varsi Rospigliosi (2013) la filiación como un lazo primordial de la familia tendría que sustentarse en el afecto entre padre y niño(a), y así denominar la relación jurídica paterno-filial.

1.3.2.2. Antecedentes de constitucionalización.

La constitucionalización del derecho tiene su origen en Alemania, en el Tribunal Federal, que indicó que los derechos fundamentales, aparte de su dimensión subjetiva, “(...) desempeñan otra función: la de instituir un orden objetivo de valores. Tales normas constitucionales condicionan la interpretación de todas las ramas del derecho, sea público o privado. (Barroso citado por Cubides Cárdenas, 2012, p. 23).

Entonces la constitucionalización del derecho tiene sus raíces en la etapa de transformación de un Estado de derecho a un Estado Constitucional de derecho, puesto que la Constitución era entendida como una mera norma política sin contenido jurídico.

Este cambio o transición ha sido posible por dos procesos:

El primero de ellos tiene lugar cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales (...). Este hecho obligó sobre todo a los jueces y tribunales a la aplicación directa de la Constitución. (...), el segundo proceso surge cuando la Constitución se legitima como norma

democrática suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos [...]. (Landa Arroyo, 2013, p. 14).

Debido a eso la Constitución ha ido a lo largo de las décadas desplazando a la ley, que se basaba en el principio de legalidad como la fuente suprema de derecho.

1.3.3. Definición de términos básicos

Para la problemática trabajada, son convenientes las siguientes terminologías:

1.3.3.1. Filiación.

La filiación es el lazo que une al hijo con padre/madre estableciendo la relación paterna filial. La misma que “(...) está determinada por los lazos de sangre, el vínculo que se desprende de la propia naturaleza humana, y que une a padres, madres e hijos en atención a la coincidencia en la carga genética” (Manrique Urteaga, 2018, p. 33).

1.3.3.2. Filiación socio afectiva.

La filiación socio afectiva no se basa en un hecho biológico o genético, sino en aquella voluntad, que se cimienta en el cariño y respeto diario, entre padres e hijos.

1.3.3.3. Constitucionalización.

La constitucionalización, es el proceso que tiene como finalidad la extensión de la fuerza constitucional a todo el ordenamiento jurídico, para la protección adecuada de los derechos fundamentales. (Alvites Alvites, 2018).

1.3.3.4. Derecho a la identidad.

Es aquel derecho fundamental e inherente de todo ser humano a poder ser reconocido como tal, y que involucra dos matices, el estático y el dinámico.

1.3.3.5. Principio del interés superior del niño.

Este principio es “[...] la búsqueda del máximo bienestar del niño y la plena efectivización de sus derechos en su condición de ser humano” (Casación N°950-2016, p.10).

1.4. Hipótesis

Los criterios para la regulación legislativa de la filiación socio afectiva en el ordenamiento jurídico peruano, son los siguientes:

1. La constitucionalización del derecho de familia.
2. La protección de los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente: a la identidad, a vivir en una familia y al libre desarrollo de su personalidad.
3. Salvaguardar la aplicación del principio del interés superior del niño y la paternidad responsable.

1.4.1. Operacionalización de las variables

Tabla 1: Variables

VARIABLES	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	ITEMS
La constitucionalización del derecho de familia	La constitucionalización del derecho de familia exige que la interpretación de derechos no se limite al ámbito individual o personal del litigante, sino que además se interprete dichos derechos en un ámbito social y familiar, porque el hombre es un ser social por naturaleza y privarlo de esta condición, sería inhumano. (Bermúdez Tapia, 2011, p. 62).	Derecho constitucional	Doctrina	Ficha de recojo de datos.

<p>La protección de los derechos fundamentales: a la identidad, a vivir en una familia, al libre desarrollo a su personalidad.</p>	<p>La menor de iniciales F.K.M.S. se encuentra identificada con su padre Luis Medina y sus hermanos, en una dinámica familiar adecuada con muestras de afecto e identificada en su entorno social con su apellido paterno “medina”, configurándose de esta forma la identidad dinámica de la menor, consagrada en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú. En consecuencia, las instancias de mérito han infringido dicho derecho al no hacer prevalecer la identidad dinámica y el interés superior del niño</p>	<p>Derecho de familia</p>	<p>Jurisprudencia nacional relevante.</p>	<p>Ficha de recojo de datos</p>
--	---	---------------------------	---	---------------------------------

sobre la identidad estática. (Cas N°

950-2016 – Arequipa)

-El derecho a vivir en familia, como derecho humano básico y fundamental, es reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño y se sustenta, de acuerdo al Tribunal Constitucional, “en el principio-derecho de 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 artículos 1° y 2°, inciso 1) de la Constitución”, por ello es exigible al

Estado y a los particulares.(El peruano s.f,p.1).

-El libre desarrollo de la personalidad busca proteger el diseño y estilo de vida de cada individuo, los caminos y decisiones autónomas que éste tome durante su existencia. Es decir que cada ser humano es dueño absoluto de su propia vida y por ende tiene un derecho universal inherente a dirigirla tal cual le parezca (Villalobos Badilla ,2012, p.61).

<p>La salvaguarda la aplicación del principio del interés superior del niño y la paternidad responsable</p>	<p>“Constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescentes, y en última instancia su dignidad, tiene fuerza normativa superior no solo en el momento de producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas” (Exp. N° 02132-2008-PA/TC)</p>	<p>Derecho familia</p>	<p>Jurisprudencia nacional relevante.</p>	<p>Ficha de recojo de datos.</p>
	<p>La Paternidad responsable es asumir voluntariamente un compromiso filial bajo el esquema que el derecho a la filiación no es solamente el derecho a</p>	<p>Derecho familia</p>	<p>Doctrina</p>	<p>Ficha de recojo de datos.</p>

la filiación biológica es, también, el
derecho a la filiación vivida, lo cual se
enlaza con el compromiso y el
compartimiento de los sujetos (Varsi
Rospigliosi & Marianna Chaves, 2013
p.59).



1.5. Metodología de la investigación

1.5.1. Aspectos generales

1.5.1.1. Enfoque.

La investigación tendrá un enfoque cualitativo por cuanto no hay datos que se puedan medir, en realidad lo que se busca con este tema de investigación es dar criterios jurídicos por los cuales se pueda regular legislativamente la filiación socio afectiva en el ordenamiento jurídico peruano, de tal forma poder garantizar y proteger el principio del interés del niño y los derechos fundamentales como el de identidad, a vivir en una familia, al libre desarrollo de su personalidad, los cuales forman parte del desarrollo del menor y parte del derecho de familia protegidos por nuestra Constitución y tratados internacionales.

1.5.1.2. Tipo.

El tipo de investigación es básica, lo que se persigue en la investigación es analizar los conocimientos disponibles y dar criterios jurídicos que permitan la regulación de la filiación socio afectiva, en ese contexto se busca contribuir con los conocimientos jurídicos, y con ello brindar la seguridad jurídica y protección a los niños, niñas y adolescentes, cuando estos se encuentren dentro de los supuestos que apliquen en la institución.

La investigación será de tipo *lege data*, toda vez que se busca establecer criterios jurídicos para regular la filiación socio afectiva, siendo

necesario la regulación y aplicación de esta figura jurídica en nuestro ordenamiento jurídico.

1.5.1.3. Diseño.

El diseño del presente proyecto de tesis es descriptivo y explicativo, pues se describirá la figura de la filiación socio afectiva, antecedentes, definiciones, criterios tomados por los magistrados en las jurisprudencias analizadas. Así también es explicativo, ya que se orienta a exponer sobre la ausencia de esta institución jurídica, lo que conlleva a implementar y explicar los criterios jurídicos por las cuales se hace necesario la regulación de la filiación socio afectiva, para poder así garantizar la protección del principio del interés superior del niño y los derechos fundamentales.

1.5.1.4. Dimensión temporal y espacial.

La dimensión temporal será sobre las casaciones emitidas por la Corte Suprema del Perú desde el año 2010 hasta el 2019; y la dimensión espacial corresponde al Perú.

1.5.2. Aspectos específicos

1.5.2.1. Unidad de análisis.

La unidad de análisis serán las decisiones contenidas en las casaciones sobre impugnación de paternidad emitidas por la Corte Suprema del Perú.

1.5.2.2. Universo.

El universo está dado por 19 procesos de impugnación de paternidad que llegaron hasta casación, durante los años 2010 hasta el 2019.

1.5.2.3. Muestra.

La muestra se constituye por 19 casaciones de diferentes años emitidos por la Corte Suprema del Perú.

1.6. Métodos

1.6.1. Dogmática jurídica

Se tiene en cuenta este método porque se busca brindar criterios jurídicos para la regulación legislativa de la filiación socio afectiva en el ordenamiento jurídico peruano.

1.7. Técnicas de investigación

Se recurrió a la técnica de recopilación de datos, análisis documentales y observación documental.

1.8. Instrumentos

Los instrumentos a los que se recurrió fueron fichas textuales, para consignar definiciones, fechas, nombres, clasificaciones; fichas de resumen; fichas bibliográficas, ya que hemos recogido y extraído la información para nuestras referencias bibliográficas; y ficha de recojo de datos.

1.9. Limitaciones

Dificultad bibliográfica del tema.

1.10. Aspectos éticos de la investigación

En la investigación no se vulneró el derecho a la intimidad de los sujetos procesales, pues los datos se mantendrán en confidencialidad. Además, se respetaron los derechos intelectuales de los autores consultados.

CAPÍTULO II

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

2.1. Orígenes de la constitucionalización

La constitucionalización del derecho, fue descrita por primera vez “(...) en la reunión constitutiva de la asociación francesa de los constitucionalistas (...)” (Joseph Favoreu, 2001, p. 31), buscando modificar la concepción del derecho; para Miranda Canales (2016), la constitucionalización marcó un quiebre en el tradicional modelo de Estado de derecho y se trasladó a un Estado Constitucional de derecho.

Es recién en el siglo XX, que se pasa a una etapa marcada por la Constitución, en este modelo constitucional, se acoge un principio constitucional que se superpone al principio de legalidad; a raíz de ello la Constitución ha transitado a un entender y del que no queda duda, sobre su carácter de norma jurídica suprema en el ordenamiento jurídico; es así que la Constitución desplaza a la ley y su principio de legalidad como fuente suprema de derecho.

En consecuencia “La Constitución no es un mero documento político, sino también norma jurídica, lo cual implica que el ordenamiento jurídico nace y se fundamenta en la Constitución y no en la ley.” (Miranda Canales, 2016, p. 100).

Por tal razón, hoy por hoy el derecho constitucional trasciende en todo el ordenamiento jurídico, tanto público como privado.

Por su parte Ricardo Guastini (2001) indica que la constitucionalización puede ser en grados, en ese sentido los sistemas pueden estar constitucionalizados en mayor, menor o igual medida, dejando de lado el aspecto todo o nada.

2.2. Definición de la constitucionalización

De acuerdo con Ricardo Guastini (2001), la constitucionalización del ordenamiento jurídico es una transformación en el que todo el ordenamiento jurídico queda impregnado de normas constitucionales.

En términos similares Guastini y Favoreu citado por Alvites Alvites, definen la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos como:

(...) un proceso que tiene como principal característica la extensión de la fuerza normativa de la Constitución a la interpretación y aplicación de las distintas ramas del derecho; vale decir, «un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. (2018, p. 362).

De lo precisado líneas arriba se define a la constitucionalización como aquel proceso en el que la ley es desplazada por la norma suprema, siendo ello así, nuestro ordenamiento jurídico se ve impregnado por la Constitución, y por tanto la aplicación e interpretación tiene que partir de ella.

La constitucionalización es el resultado de la metamorfosis del Estado de derecho a un Estado Constitucional de derecho, para proteger los derechos fundamentales y la dignidad de las personas con mayor profundidad, el inicio ha

sido la Constitución, convertida en una norma auténtica obligatoria. (Carbonell Sánchez, 2003)

2.3. Constitucionalización del derecho civil

La constitucionalización del derecho civil, “No es otra cosa que la aplicación de las normas constitucionales, cuyos efectos recaen en la relación con los particulares.” (Miranda Canales, 2016, p. 105), es decir, se confiere rango constitucional a ciertos derechos de contenido privado. Por ello el Código Civil debe guardar coherencia y sujeción a la Constitución, buscando con ello que al aplicarse a un caso en particular no se evidencie afectación a los derechos fundamentales.

Existe decisiones del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, pronunciándose en las siguientes materias: protección al derecho a la vida, derecho de las personas, protección de las familias; todo ello en base del desarrollo de normas constitucionales, respetando el modelo de Estado Constitucional, es así “(...) que nuestro TC a veces ha cumplido la función de guardián de algunas instituciones del derecho civil frente a la supresión o vaciamiento de contenido por medio de la ley” (Landa Arroyo, 2013, p. 22).

Además, nuestra Carta Magna ha cobrado mayor relevancia, dado que es muy difícil encontrar problema jurídico que carezca de relevancia constitucional, es así que el Código Civil (cuerpo normativo que regula las relaciones entre los privados) deberá interpretarse a la luz de los preceptos establecidos en la Constitución y con ello respetar las garantías fundamentales. Por eso la

constitucionalización en el derecho civil, “adapta, modifica y dota de nuevos contenidos a las instituciones involucradas” (Miranda Canales, 2016, p. 107).

2.4. Constitucionalización del derecho de familia

La constitucionalización del derecho familiar “(...) puede ser vista como la mera coincidencia entre el derecho constitucional y el derecho familiar, cada vez que el primero dicta (limita, precisa) nuevas direcciones para la regulación familiar” (Espejo Yaksic, 2020, p. 10).

El proceso de constitucionalización del derecho de familia se sustenta en tres elementos comunes:

i. Una progresiva precisión en torno a las nociones implícitas en las normas constitucionales relacionadas con la vida familiar; *ii.* la incorporación de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos (que incluyen disposiciones pertinentes para la regulación de la vida privada y familiar) y a los que se ha reconocido jerarquía constitucional; y *iii.* el desarrollo de jurisprudencia en la materia, emanada de los órganos nacionales competentes para llevar a cabo el control de constitucionalidad (sea este difuso, concentrado o mixto). (Esborraz citado por Espejo Yaksic, 2020, p. 9).

En relación al primer punto, es necesario indicar que se puede extraer de la Constitución innumerables normas implícitas (reconocer derechos no regulados en nuestra carta magna); por otra parte en cuanto al segundo punto, nuestra Constitución reconoce el alcance de los tratados internacionales en nuestro sistema jurídico, es más les concede el mismo rango de la Constitución, por ello

los derechos reconocidos a nivel internacional deben ser tomados en cuenta en nuestro ordenamiento jurídico; y en el último punto es preciso señalar que el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema emiten control de constitucionalidad.

Desde otro punto de vista, existe una enorme evolución de la familia, con ello un cambio en la definición de familia, nuevas conformaciones de familias dejando la noción tradicional de ello, las uniones o matrimonios de personas del mismo sexo, las técnicas de reproducción asistida, “(...) niños que nacen por decisión de una mujer sola apelando a técnicas de reproducción asistida ampliando así el abanico de familias monoparentales originarias” (Espejo Yaksic, 2020, p. 60).

De ahí la necesidad de garantizar estas relaciones familiares, protegiéndolas desde el respeto de los derechos fundamentales de cada integrante de las familias, a causa de ello surge la constitucionalización, “(...) el derecho no es ya solo el derecho puesto por la autoridad, sino una creación humana cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales” (Manuel Atienza citado por Ramírez Huaroto, 2018, p. 121); en otras palabras se necesita tener criterio humano, al resolver caso familiares.

En la etapa clásica “(...) los derechos fundamentales pertenecían al derecho público, el campo del derecho privado quedaba exclusivamente regulado por el Código Civil” (Ramírez Huaroto, 2018, p. 121), es decir, había una división: de personas frente al Estado y personas con las mismas personas (relaciones sociales basadas en la autonomía de la voluntad); sin embargo, ello ha sido superado. El autor Ramírez Huaroto (2018) precisa que ya no hay una

separación entre el derecho público y privado, sino una unión formando un derecho civil constitucionalizado.

Hoy en día, en el Estado Constitucional en el que nos encontramos, la familia tiene la finalidad de proporcionar el ejercicio de los derechos fundamentales de cada integrante.

2.5. Constitucionalización de la filiación

En el proceso de constitucionalización del derecho de familia, se ha visto incluido la institución de la filiación, para la protección efectiva de los derechos fundamentales de los niños; ya que como precisa Fernández Revoredo (2013) las normas sobre la filiación del Código Civil del año 1984 tienen un desfase con la actual realidad y ello genera situaciones que colisionan con las normas fundamentales.

La institución de la filiación debe ser descifrada para la protección de los individuos y resguardo de los hijos e hijas. Esta institución tenía como punto de partida la relación existente entre generantes (padre y madre) y generados (hijos); sin embargo, la evolución de la sociedad ha hecho que esta figura jurídica lo haga, dando paso a la filiación socio afectiva, pues en algunos casos debe tomarse en cuenta el aspecto afectivo; lo que lleva afirmar que, padre es verdaderamente quien se comporta como tal y no como aquella persona que procrea y se aleja; y al no valorarse ello se afectaría claramente los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En esa línea, la codificación civil no trata a la filiación socio afectiva, y a falta de ese vacío legislativo, la aplicación de la constitucionalización de la

filiación ayuda a proteger los derechos fundamentales del menor y con ello se valora el derecho a tener un padre responsable; a las vivencias construidas y vividas, que se hace en el día a día.

Desde la transición del Estado legal de derecho a un Estado Constitucional de derecho, la filiación debe ser valorada no solamente con el dato biológico, sino desde la perspectiva constitucional, esto es desde el derecho a tener una familia y no ser separada de ella, el derecho a la identidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, además del principio del interés superior del niño.

CAPITULO III

FILIACIÓN

3.1. Antecedentes históricos

La filiación es una institución jurídica que nace con la familia monogámica, para determinar el status de los hijos.

La filiación “(...) es, la que vincula a una persona, con todos sus antepasados (filiación en sentido genérico) y, más restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos, (filiación en sentido estricto)” (Cornejo Chávez, 1998, p. 11), es decir, la filiación establece una relación de derecho entre ambos.

Tradicionalmente se distinguían los tipos de filiaciones, en legítima (la que correspondía al hijo que tenía padres casados) e ilegítimas (hijos nacidos fuera de matrimonio).

Es recién en el Código Civil de 1936 que suprimió la sub clasificación, pero no fue de manera completa. Hubo un gran avance con la Ley N° 14772, que restringió estipular en documentos públicos, los datos relativos a la filiación legítima o ilegítima. (Cornejo Chávez, 1998)

Es así que, en la Constitución de 1979, en su artículo 6° se estableció, “Todos los hijos tienen iguales derechos”, prohibiendo la mención de los estados civiles de los padres en cualquier documento de identidad.

3.2. Definición

Para el diccionario de la Real Academia Española la filiación es la “procedencia de los hijos respecto a los padres”. Es conveniente indicar algunas definiciones.

3.2.1. Como vínculo

Para Schmidt y Veloso (2001), la filiación establece un vínculo jurídico, dotando un conjunto de derechos y deberes, acompañado de un nexo sentimental, existentes entre el padre e hijo.

3.2.2. Como estado de familia

Se puede inferir que el estado de familia es la posición jurídica que la familia ocupa en la sociedad.

3.2.3. Como relación

Para Eduardo Zannoni (1989) la filiación sintetiza el grupo de relaciones jurídicas establecidas por la maternidad y paternidad, que relacionan a los hijos y padres.

3.2.4. Hecho biológico

Nace de la unión del progenitor con el hijo procreado, basándose en el nexo biológico para determinar la paternidad. (Varsi Rospigliosi, 2013)

Por su parte Varsi Rospigliosi, establece que:

La filiación no le es aplicable contenidos biológicos o procreativos. La filiación, como lazo primario de familia, está sustentada en el afecto existente entre el hijo y su padre del cual se derivan las responsabilidades

y la denominada relación jurídica paterna filial. Debemos tender a lo social más que a lo biológico (2013, p ,70).

La filiación desde un inicio se basaba en el contenido biológico o procreativo, que era el lazo primario de la familia, pero ahora se sustenta en el afecto creado entre el hijo y el padre, muy distinto de su vinculación biológica o legal.

3.3. Naturaleza

En la doctrina existen varias corrientes dirigidas a encontrar la esencia de la filiación, dichas corrientes señalan que la naturaleza de la filiación son:

3.3.1. Derecho

La filiación es un derecho conformado por un conjunto de relaciones jurídicas, que sirven para la vinculación de los padres con los hijos dentro de una familia, en la que se protege la paternidad y maternidad.

3.3.2. Relación jurídica

Para Trimarchi (s.f) considera que la relación jurídica de filiación se sustenta en el lazo de sangre y tiene como fundamento el vínculo de sangre, se hace referencia a la relación inmediata que se da entre los padres con el hijo.

3.3.3. Atributo de la personalidad

Varsi Rospigliosi sostiene que:

La filiación es consubstancial e innata al ser humano en el sentido que el *status filii* es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente

que toda persona debe conocer su filiación derecho a conocer su propio origen biológico, no solo para generar consecuencias legales sino para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad. (2013, p.74).

3.3.4. *Acto jurídico o hecho jurídico*

Soto Lamadrid (1990) indica que la filiación es un acto jurídico porque necesita de la manifestación de voluntad del reconociente y que a falta de dicha voluntad se hará a través de la vía judicial.

3.4. Principios de derecho a la filiación

La filiación está sustentada en la igualdad (status entre hijos), sin discriminación; los principios que inspiran el derecho de la filiación son:

3.4.1. *Protección especial al hijo*

La protección principal de la familia al hijo, permitirá el cuidado de este, en una etapa frágil de su vida. Según Varsi Rospigliosi (2013), enmarca que la filiación tiene como centro de referencia y protagonista al hijo, ya que la familia vela por el cuidado del hijo, buscando su protección.

3.4.2. *Paternidad socio afectiva*

La paternidad socio afectiva se basa en el afecto y no en el dato biológico, lo que debe interesarle al derecho es la relación de entrega generada entre los miembros de una familia. “Implica la preexistencia de un grupo familiar (socio) en el que se crean relaciones sentimentales (afectividad)” (Varsi Rospigliosi 2010, p. 274).

3.4.3. Inmutabilidad del vínculo biológico y mutabilidad de la relación filiatoria

El hecho biológico no sufre ninguna modificación, por cuanto es una característica inmodificable, pero si lo hace el vínculo jurídico, ya que el padre no necesariamente es el biológico, sino quién lo educó. (Varsi Rospigliosi, 2013)

3.4.4. Medio de realización de la persona

La filiación es un medio de realización personal, dado que la persona se integra en una familia, identificándose con ella, la misma que le ayudará incondicionalmente para que pueda desarrollarse como persona en plenitud. (Varsi Rospigliosi 2013, p, 95).

3.5. Filiación matrimonial

Proviene del latino *filius* y *matrimonium* o hijos que proceden de padre o madre casados, lo importante para esta filiación como precisa Cornejo Chávez (1998), no es que el hijo haya sido engendrado o nacido en el matrimonio de los padres, sino que los padres se hayan casado.

3.5.1. Presupuestos

3.5.1.1. Matrimonio de los progenitores.

Este presupuesto es importantísimo para la filiación matrimonial, ya que requiere que dicho matrimonio cumpla con todos los requisitos legales y formales.

3.5.1.2. Concepción y nacimiento.

Es preciso señalar las teorías.

3.5.2. Teorías

3.5.2.1. Concepción.

Serán hijos matrimoniales los engendrados por los padres casados, no importando si nacen dentro del matrimonio o durante la disolución de la misma (300 días luego de ello).

3.5.2.2. Nacimiento.

Esta teoría precisa que los hijos matrimoniales nacen en el momento en que sus padres están casados, no importa el instante en que hayan sido engendrados. (Cornejo Chávez, 1998).

3.5.2.3. Mixta.

Es una mezcla de las anteriores “son matrimoniales los nacidos durante el matrimonio, aunque hubieran sido concebido antes, así como los nacidos después de la disolución del vínculo conyugal, pero que hubieran sido concebidos durante su vigencia” (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 396).

El Código Civil peruano adopta la teoría mixta, pues establece que la persona es sujeto de derecho desde su nacimiento, pero la vida empieza desde su concepción, y que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

3.6. Filiación extramatrimonial

Es la filiación paterna filial, de los hijos nacidos fuera del matrimonio “(...) los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia. No existe el acto jurídico matrimonial (...)” (Varsi Rospigliosi, 2010, p. 28), por ello la voluntad y la imposición judicial son los únicos medios para fundarla. Aquí no hay presunción.

3.7. Determinación de la filiación

3.7.1. Filiación matrimonial

Sienta sus cimientos en la presunción *pater est* y la reafirmatoria de paternidad “(...) el hijo se presume del marido así la mujer niegue la paternidad de su cónyuge o esta sea condenada como adúltera” (Varsi Rospigliosi, 2010, p. 30); atribuyéndole de manera automática el vínculo paternal.

Esta presunción de paternidad si bien dispensa de probar el hecho biológico, “no descansa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio [...], tales como la fidelidad y la cohabitación.” (Varsi Rospigliosi, 2010, p. 30). Siendo la fidelidad y cohabitación los pilares fundamentales en el matrimonio, y por ello existe una presunción de negatividad, a la afectación y perjuicio a esos valores.

3.7.2. Filiación extramatrimonial

3.7.2.1. Reconocimiento voluntario.

Es el acto por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial de manera voluntaria.

a) Caracteres del reconocimiento

- Acto unilateral: requiere la declaración de la voluntad del padre o madre para el reconocimiento.
- Acto formal: ya que deberá hacerse en el registro de nacimiento, por escritura o por testamento.
- Acto facultativo: porque nadie puede obligar al padre o madre expresar su voluntad de reconocimiento.

3.7.2.2. Declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

Cuando el padre o la madre de un hijo extramatrimonial se resisten a reconocerlo, es posible acudir al poder público para que un órgano jurisdiccional competente, sin o con voluntad de la madre o padre, decida sobre la relación paterno-filial, emitiendo una decisión sobre la filiación del niño o adolescente.

3.8. Filiación socio afectiva

La familia es el conjunto de individuos que comparten vida en común, buscando el bienestar de cada uno de sus miembros, partiendo de los valores en la cual el afecto es su principal razón de integración y unión. “La socio-afectividad como categoría jurídica y la consecuente pluralidad de verdades reales de la filiación y de las entidades familiares ha marcado la evolución del derecho de las familias moderno.” (Paulo Lobo citado por Varsi Rospigliosi & Marianna Chaves, 2010, p. 57).

El padre afectivo ocupa en la vida del niño la función de un padre biológico sin serlo; lo que piensan y recuerdan los niños son las vivencias, muy aparte de sus relaciones genéticas.

Para Serejo Lourival (2010), el afecto construye una relación alojada de un marco de amor, formando una nueva arquitectura de la filiación, en la que la base deja de ser el elemento genético y resalta la fuerza del sentimiento.

Es así que el aspecto socio afectivo, surge como un nuevo criterio conjuntamente con el jurídico y biológico, según Varsi Rospigliosi & Marianna Chaves (2010), lo afectivo es un nuevo criterio, que se funda en el afecto, en el mejor interés del niño, sirviendo para establecer la existencia del vínculo parental.

La filiación socio afectiva, para Varsi Rospigliosi & Marianna Chaves (2010), se basa en el acto de voluntad que se ve cimentado a diario por el trato.

Completando esta idea Aguilar Llanos señala que:

El padre social se trata de aquella persona que, no siendo padre biológico, si lo es desde el punto de vista legal y se comporta como un verdadero padre, cuida como tal a los hijos, asume todas las responsabilidades propias de un padre, estableciendo una relación beneficiosa para el hijo o hija. (2013, p.13).

El estado de la familia biológica se base en los mares de sangre, mientras que el hijo afectivo trasciende de ello, edificándose por el afecto, amor, desvelo del corazón y de la muestra de emociones.

3.8.1. Principio voluntarista que sustenta la filiación affectionis

Este principio se sobrepone a la verdad biológica, ya que esta no es un valor absoluto, según Varsi Rospigliosi (2017) esta teoría indica que es la voluntad de tener descendencia, sin importar el aspecto biológico, el mismo que queda sin cuidado.

Por ello el padre que no siendo el biológico, desea registrarlo, otorgando un apellido y nombre, se puede ver notoriamente, el consentimiento, el deseo y afecto; ello se irá incrementando al pasar de los años, se prefiere la intención de tener un hijo frente al dato biológico.

3.8.2. Características de la filiación socio afectiva

- Protege la vivencia del sujeto en un entorno familiar.
- Prima el interés superior del niño.
- “Trato dispensado a una persona en calidad de hijo y se encuentra sustentada en el sentimiento de cariño y amor.” (Varsi Rospigliosi & Marianna Chaves, 2010, p. 60).

3.9. Desbiologización de la paternidad

La desbiologización abre camino a la parentalidad socio afectiva, fundado en el afecto, haya o no vínculo biológico.

Las relaciones afectivas encabezan los proyectos familiares:

(...), paradójicamente, debido a los extraordinarios avances de la misma biología, que permite que, en unas determinadas condiciones, un bebé

tenga hasta cinco progenitores: dos que ofrecen espermatozoides y óvulos, dos padres adoptivos y, eventualmente, la mujer que albergó el óvulo en su útero. (Plinio Montagna, 2016, p. 223).

Por ello que la filiación socio afectiva resulta del vínculo afectivo, y no del biológico, es el ser tratado como hijo sin interesar si tienen los mismos genes o no.

Es así que las relaciones familiares son frutos de la afectividad, “se hace prevalecer el hecho cultural versus el hecho natural” (Varsi Rospigliosi & Marianna Chaves, 2010, p. 61). La familia no debe ser condicionada ni restringirse a la sangre, sino al afecto, esta última por encima del biologismo.

3.10. El renacimiento de posesión de estado

La posesión de estado es aquella situación de hecho en la que el niño disfruta la calidad de hijo, independientemente de que esa situación responda a una realidad legal o biológica. (Varsi Rospigliosi & Marianna Chaves, 2010).

Para el estado de filiación se identifican los siguientes componentes:

- (i) tractatus comportamiento aparente de parientes (la persona es tratada por los padres ostensiblemente como hijo, y este 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 considerada por las autoridades).

En conjunto, estos componentes se revelan por la convivencia familiar, por el efectivo cumplimiento de los deberes de guarda, educación y sustento

del hijo por el relacionamiento afectivo, en fin, por el comportamiento que adoptan los padres e hijos en la comunidad en que viven” (Lobo Paulo citado por Varsi Rospigliosi & Mariana Chávez, 2010, p.58).

El padre afectivo ocupa un lugar en la vida del niño, por ello, es más importante la posesión de estado de la filiación que una investigación de paternidad que podría afectar al niño, claro dependiendo de cada caso en concreto.

3.11. La filiación en el derecho constitucional peruano

La filiación no ha sido recogida como un derecho fundamental con autonomía; puesto que se ubica dentro del derecho constitucional a la identidad, por ello, en palabras de Aguilar Llanos (2013), es necesario reconocer el derecho fundamental a la identidad como un derecho totalmente autónomo, para que se puede garantizar la protección que el Estado debe darla.

Es tan importante el derecho a la filiación para el derecho a la identidad que para proteger la segunda (obligar a los demás a no negarla, desnaturalizarla o desvirtuarla), se debe haber asumido primero la posición de hijo respecto de los padres.

3.12. Evaluación de las casaciones que versan sobre impugnación desde el año 2010 al 2019, para verificar la paternidad socio-afectiva

3.12.1. Casaciones en las que se evidencian una filiación socio afectiva

Tabla 2: Casación N° 3797-2012-Arequipa

Casación N° 3797-2012-Arequipa.

Hechos	<p>Simón demanda a Natividad (madre del menor J), impugnación de paternidad a fin de que se declare que el menor no es hijo biológico del recurrente, a través de la prueba del ADN que solicita el actor, este alega que se enteró después de 17 años (edad que tiene el menor) que no era el padre biológico.</p> <p>La demandada Natividad interpone la excepción de caducidad (según artículo 400° C.C). Por cuanto el plazo para negar el reconocimiento es de 90 días; el demandante absuelve la excepción alegando que el plazo para negar el reconocimiento es a partir que tuvo conocimiento y a la fecha de interpuesta la demanda no ha transcurrido dicho plazo.</p>
Decisiones judiciales.	<p>Respecto a la excepción</p> <p>Primera instancia: se declaró inaplicable el artículo 399° y 400° del Código Civil en consecuencia infundada la excepción.</p>

	<p>Segunda instancia: se revocó el auto apelado, reformándola, en consecuencia, nulo todo lo actuado.</p> <p>Casación: declaran infundado el recurso de casación interpuesto por el demandante en consecuencia no casaron, puesto que no se valoró el aspecto dinámico del derecho a la identidad y el principio interés superior del niño.</p>
Derechos vulnerados.	Derecho a la identidad en su aspecto dinámico.
Comentario	<p>En el presente caso se evidencia que el adolescente se siente identificado y reconoce al demandante como su padre, ya que durante su vida ha idealizado la figura paternal en el demandante. Generando un vínculo afectivo del adolescente sobre el padre.</p> <p>Por otro lado, se evidencia que en primera instancia se vulneró el derecho a la identidad dado que no se ha valorado el aspecto dinámico del adolescente de tal</p>

	manera que él se siente identificado con el padre.
--	--

Tabla 3: Casación N° 2340-2015-Moquegua

Casación N° 2340-2015-Moquegua	
Narración	Eddy Alejandro, solicita impugnación de reconocimiento de la menor Fabiola, hija extramatrimonial de su padre, y la dirige contra Lisaura y Francisco. El demandante precisa que el demandado es su padre, él ha reconocido como hija extramatrimonial a Fabiola, el actor considera poco creíble que sea su hija, ya que el demandado es de edad avanzada, siendo que tal reconocimiento es perjudicial para el recurrente y hermanos, puesto que crea obligaciones y derechos.
Decisiones judiciales.	Primera instancia: se declara fundada la demanda, basándose en que la prueba de ADN que se ofreció, no se llegó actuar por actitud dilatoria de la demandada.

	<p>Segunda instancia: se confirma la sentencia apelada que declara fundada la demandada, argumentándose en el artículo 282° del Código Procesal Civil que menciona que el juez puede extraer conclusiones en contra del interés de las partes, atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, como la falta de cooperación en el caso.</p> <p>Casación: en el recurso de casación es declarado fundado, ya que se determina que la sentencia de segunda instancia incurre en infracción normativa de las normas denunciadas, existe la vulneración del derecho a la debida motivación y vulneración del interés superior del niño y el derecho a la identidad.</p>
Derechos vulnerados.	<p>Derecho a la identidad en su aspecto dinámico.</p> <p>Derecho al libre desarrollo de su personalidad.</p>

Comentario	<p>En el presente caso se verifica que en primera instancia y segunda instancia se ha vulnerado el derecho de la identidad puesto que no se valora la identidad en su cariz dinámico, si bien no se ha desvirtuado la identidad filiatoria estática de la niña, no han considerado la posesión de estado que denota un estado de familia que ostenta el codemandado. Si bien no se realizó la prueba de ADN, no es la única forma en que se puede determinar la identidad de la niña.</p> <p>Respecto al derecho al libre desarrollo de su personalidad no han considerado que la menor a incluido a en su proyecto de vida al codemandado, ya que es él quien asumen la manutención de la menor. Así mismos se ha vulnerado el principio de su interés superior, dado que no interpretaron adecuadamente sus derechos fundamentales.</p>
------------	---

Tabla 4: Casación N° 950-2016-Arequipa

Casación N° 950-2016-Arequipa

<p>Narración</p>	<p>Joel demanda a Luis y Fiorella (hija biológica del demandante) solicitando la impugnación de paternidad y se disponga la filiación extramatrimonial del demandante como padre de la menor; el actor es el padre biológico de Fiorella; sin embargo, ella ha vivido toda su vida con Luis (Padre afectivo).</p>
<p>Decisiones judiciales.</p>	<p>Primera instancia: se declara fundada la demanda basándose en que la menor debe conocer su verdad biológica, y en la prueba de ADN realizada a la menor en la que se concluye que su padre biológico es el demandante.</p> <p>Segunda instancia: se confirman la sentencia apelada, argumentándose en el artículo 361° del Código Civil, en este caso, se ha ofrecido y actuado la prueba del ADN, en la cual se ha determinado que el demandado queda excluido en condición de padre biológico de la menor, en cambio, el demandante sí es padre biológico de la</p>

	<p>menor. En este contexto, se afirmar que el fin de toda investigación de filiación es hacer justicia y llegar a descubrir la verdad.</p> <p>Casación: revocan la sentencia de vista, reformándola declaran infundada.</p> <p>Fundamentándose en el Principio superior del interior del niño, en el derecho a la identidad en su faceta dinámica. El menester destaca que hay la posesión de estado que denota la identidad de la familia en que vive, en consecuencia, se debe salvaguardar el derecho fehacientemente de dicho estado de familia que ostenta la niña.</p>
Derechos vulnerados.	<p>Derecho a la identidad en su aspecto dinámico.</p> <p>Derecho a vivir en una familia.</p> <p>Derecho al libre desarrollo de su personalidad.</p>
Comentario	<p>Es necesario precisar que en la primer y segunda instancia se vulneran los siguientes derechos: el derecho a la identidad en su</p>

	<p>aspecto dinámico, puesto que se apreciado que solo se han basado en a la identidad estática (prueba de ADN) sin tomar en cuenta la identidad dinámica de la menor que viene hacer las vivencias y el cariño que tuvo con su padre y hermanos.</p> <p>La afectación del derecho a vivir en una familia se realiza al no valorarse lo precisado por la menor, ya que ella muestra el deseo de permanecer junto a la que considera su familia, no encontrando lugar alguno para el demandante dentro de su hogar.</p> <p>El derecho al libre desarrollo de su personalidad se ve vulnerado por que no se analiza e interpreta que la menor ha llevado el apellido del demandado toda su vida excluyendo al padre biológico.</p>
--	---

Tabla 5: Casación N° 5646-2017-Arequipa

Casación N° 5646-2017- Arequipa

Narración	<p>David demanda a Marcela y la menor J, solicitando la impugnación de paternidad (se declare la inexistencia del vínculo paterno filial entre el demandante y la menor J) y se excluya sus apellidos de la partida de nacimiento y DNI, el demandante precisó que contrajo matrimonio con la demandada, durante la vigencia de su matrimonio nacieron dos hijas, una de las cuales es la menor J, nacida el veinticuatro de junio del dos mil siete, quien goza de la presunción de paternidad matrimonial; posteriormente tomó conocimiento por inconductas de su esposa que probablemente no es el padre biológico de J, razón por la que se practicó una prueba de ADN, el demandante todavía mantuvo relaciones de padre e hija comunicándose frecuentemente con la niña; por otro lado se acreditó que la menor extraña al demandante.</p>
Decisiones judiciales.	<p>Primera instancia: se declara infundada la demanda, basándose en que la filiación no sólo debe circunscribirse a la existencia o no</p>

	<p>de un vínculo genético y el entorno en que vivió y vive el niño en el ámbito familiar.</p> <p>Segunda instancia: se confirma la sentencia apelada, basándose en que el juez del proceso ha efectuado un análisis a partir del derecho a la identidad de la niña, resolviendo en base a principios consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales y jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema, ponderando la identidad dinámica frente a la identidad estática.</p> <p>Casación: se declara fundada el recurso de casación interpuesto por el demandante, en consecuencia nula la sentencia de vista; porque no se ha realizado la prueba de ADN ordenada por el Juez, medio probatorio científico relevante, teniendo en cuenta el interés superior del niño y su derecho a la identidad.</p>
Derechos vulnerados.	<p>Derecho a la identidad en su aspecto dinámico.</p> <p>Derecho a vivir en una familia.</p>

	<p>Derecho al libre desarrollo de su personalidad.</p>
<p>Comentario</p>	<p>En el presente caso, la casación vulnera los derechos de la identidad dinámica, el derecho a vivir en una familia y al libre desarrollo de su personalidad; respecto al primer derecho la casación solicita que se actué la prueba de ADN sin importar el aspecto dinámico.</p> <p>En relación al segundo derecho se vulnera, porque al valorarse la prueba de ADN, se le priva al menor poder vivir en la familia que ella reconoce como la suya, identificando la niña a su padre (demandante) y madre (demandada) como su única familia.</p> <p>Y por último se ve vulnerado el derecho al libre desarrollo de su personalidad dado que el demandante sigue comunicándose con el niño y ello genera incluir al demandante en la vida del menor y separarlos afectaría su proyecto de vida.</p>

3.12.2. Casaciones en las que no se evidencian una filiación socio afectiva.

3.12.2.1. Casación N° 1972-2009

Resumen del caso: Ángel interpuso demanda de impugnación de paternidad, dirigiéndola contra Ruth para que se declare que no es el padre de la menor G, la demandada la ha inscrito como tal, en virtud de la presunción de *pater est*; el demandante alega que mediante una transacción extrajudicial elevada a escritura pública las partes declararon encontrarse separados formalmente, además hay un proceso de separación convencional y divorcio ulterior, en el que ya se había dictado sentencia declarando la separación de cuerpos, encontrándose dicho proceso pendiente de expedir sentencia para declarar el divorcio, al existir una separación de hecho plenamente probada, la hija de la demandada no puede tener como padre biológico al actor.

En primera instancia se declara fundada la demanda considerando que las partes se encontraban separadas, además con la prueba del ADN se logra demostrar que el actor no es el padre del menor, así mismo se declaró improcedente la reconvención de nulidad de acto jurídico; en segunda instancia se declaró infundada la apelación interpuesta por la demandada, considerando que el juez de primera instancia actuó bien al declarar improcedente la reconvención planteada.

La demandada interpone recurso de casación, el cual es declarado infundado por considerar que la reconvención planteada por la demandada no tiene la misma naturaleza que la pretensión de impugnación de paternidad.

Comentario: al evaluar la presente casación se evidencia que no existe una filiación socio afectiva, por cuanto el padre no hizo el reconocimiento respecto a la menor, no convivió con ella, y no hay un trato de hijo.

3.12.2.2. Casación N° 2112-2009.

Resumen del caso: Anthony interpuso demanda de impugnación de paternidad de su menor hijo J (representado en este proceso por su madre Roxana), al cual reconoció al producirse su nacimiento en agosto del año dos mil cuatro; la demandada considera que ha excedido el plazo que precisa el art. 400° del C.C, pues de la copia de la carta notarial que le remitiera el actor el cuatro de agosto del año dos mil cinco, él ya pretendía desconocer al menor; por ende ya ha excedido más de tres años desde que él tuvo conocimiento de que no era el padre.

En primera instancia se declaró infundada la excepción de caducidad, pues la Constitución Política del Perú (referido al derecho a la identidad) prevalece sobre cualquier otra norma de orden procesal o material.

En segunda instancia, la Sala Superior revocó la resolución dictada por el *A quo*, y reformándola declaró fundada la excepción de caducidad e improcedente la demanda, considerando que, tratándose de una negación de reconocimiento, es de aplicación el artículo 400° del Código Civil, el cual señala como plazo noventa días para accionar la impugnación de paternidad, contados a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento del acto, siendo evidente que el plazo se encuentra largamente vencido.

El demandante interpuso recurso de casación, el que fue declarado infundado, considerando que la identidad del niño involucra también su derecho a conservar y preservar los nombres y apellidos de aquél que voluntariamente lo reconoció.

Comentario: en el presente caso no se ha evidenciado la filiación socio afectiva, ya que el actor tenía la intención de desconocer su paternidad cuando el niño tenía aproximadamente un año; por tanto, no tiene el elemento de voluntad que se requiere para la paternidad socio afectiva.

3.12.2.3. Casación N° 3267-2011.

Resumen del caso: Eliana (demandada) interpone recurso de casación alegando que el perito que tomó la muestra de paternidad de ADN nunca aceptó el cargo y ello afecta el debido proceso; dicho recurso es declarado improcedente, puesto que la Sala Suprema considera que el demandada no cuestionó en su debida oportunidad (en audiencia).

Comentario: al no existir hechos en esta casación, no se puede evidenciar si hay una filiación socio afectiva.

3.12.2.4. Casación N° 0997-2012.

Resumen del caso: la demandada Verónica interpone el recurso de casación, alegando que la pretensión de nulidad del acto de reconocimiento no existe en el ordenamiento civil, y por ello la demanda tenía que ser declarada improcedente, además alega que la motivación es defectuosa; la Sala Suprema considera que no se demostró afectación alguna y por ello el recurso de casación fue declarado improcedente.

Comentario: al no existir hechos en esta casación, no se puede evidenciar si hay una filiación socio afectiva.

3.12.2.5. Casación N° 1602-2011.

Resumen del caso: Samuel demanda impugnación de paternidad de la menor J, así mismo la exclusión de su nombre de la partida de nacimiento, alega que con la demandada les unió una relación de carácter sentimental por el año 2003 y que por haber mantenido relaciones sexuales, la demandada le comunicó que estaba embarazada, pero no hicieron vida en común con el actor, a pesar de ello el demandante reconoció a la menor, pero por comentarios de amigos se enteró que no era el padre biológico, luego se realizó una prueba de ADN con resultado excluyente de ser el padre biológico.

En primera instancia se declaró improcedente la demanda considerando que el reconocimiento es un acto unilateral irrevocable.

En segunda instancia el colegiado revoca la sentencia que declaró improcedente, y reformándola la declara fundada, pues el demandante acreditó mediante la prueba de ADN no ser el padre biológico.

El recurso de casación interpuesto por la demandada fue declarado infundado, pues se consideró que el niño tiene el derecho a conocer a sus padres biológicos.

Comentario: en el presente caso no se evidenció la filiación socio afectiva, ya que el demandante no convivió con el niño, el actor muestra desinterés en brindar la protección al menor tanto afectiva como económica; por otro lado, uno de los aspectos que más le interesa es que le devuelvan lo que abonó por alimentos y una indemnización, no importándole nada más que aspectos materiales y no el menor.

3.12.2.6. Casación N° 1819-2012.

Resumen del caso: María en representación de su esposo Julio interpone impugnación de paternidad del hijo concebido por Bertha y su esposo (que, en un proceso de prueba anticipada de ADN, concluyó que el esposo de la demandante no es el padre biológico); dicho menor fue reconocido por el poderdante de la actora.

En primera instancia se declara fundada la demanda expresando que el esposo de la actora no es el padre biológico, tal como se acredita con la prueba ADN.

En segunda instancia el colegiado confirma la sentencia apelada que declara fundada la demanda.

El recurso de casación interpuesto por la demandada, es declarado fundado, considerando que la actora solo tenía el poder para iniciar el proceso de la prueba anticipada de ADN y no para el proceso de impugnación de paternidad.

Comentario: en el presente caso no se evidencia la filiación socio afectiva, en este caso, la acción la inicia la esposa del reconociente, y lo que busca con ello es que su esposo dejé de cancelar una pensión de alimentos, además el reconociente vive con su familia matrimonial y no con el menor.

3.12.2.7. Casación 3776-2010.

Resumen del caso: Nolberto interpone demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad contra Teodoro y Eva, solicitando como pretensión principal impugnar el reconocimiento de paternidad efectuado por Teodoro a favor de la menor de iniciales M; y en consecuencia se deje sin efecto el reconocimiento efectuado por Teodoro a favor de la menor de iniciales M; y se declare la paternidad de la menor M a favor del recurrente en calidad de padre biológico, alegando que producto de una relación extramatrimonial existente entre el recurrente y la codemandada Eva, procrearon a la menor de iniciales M, siendo reconocida por el codemandado Teodoro (cónyuge en ese entonces de la codemandada). Practicada la prueba de ADN se concluye que el recurrente es el padre biológico.

En primera instancia se declara fundada la demanda, considerando que, si bien la menor nació dentro del matrimonio y que goza de la presunción *pater est*, dicha presunción no es absoluta, además se acreditó con la prueba de ADN que el demandado no es el padre biológico.

En segunda instancia el colegiado declara improcedente la demanda, considerando que se acreditó que la niña nació dentro del matrimonio.

El recurso de casación interpuesto por el demandante fue declarado fundado, considerando que la Sala Superior no se pronuncia por el control difuso que invoca el *A quo* en su decisión, por ello solicita que la Sala Superior emita nuevo pronunciamiento.

Comentario: en el presente caso no se evidencia una filiación socio afectiva, ya que la niña vivía con el padre biológico y su madre biológica; no conviviendo con el padre legal, y por ende crea lazos sentimentales con el padre biológico y se identifica con él.

3.12.2.8. Casación N° 2726-2012.

Resumen del caso: Nolberto interpone demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad contra Teodoro y Eva, solicitando como pretensión principal impugnar el reconocimiento de paternidad efectuado por Teodoro a favor de la menor de iniciales M; se deje sin efecto el reconocimiento efectuado por Teodoro a favor de la menor de iniciales M; y se declare la paternidad de la menor indicada a favor del recurrente en calidad de padre biológico, alegando que producto de una relación

extramatrimonial existente entre el recurrente y la codemandada Eva, procrearon a la menor de iniciales M, siendo reconocida por el codemandado Teodoro (cónyuge en ese entonces de la codemandada). Practicada la prueba de ADN se concluye que el recurrente es el padre biológico.

Decisión de la Sala Superior ordenada mediante la casación N° 3776-2010, dicha sala revoca la sentencia apelada (que declaró fundada la demanda) y reformándola declara improcedente la demanda, considerando que el demandante no tiene legitimidad para obrar, puesto que quien debería de cuestionar la filiación es la menor por intermedio de su representante legal.

El recurso de casación interpuesto por el demandante se declara fundado, en consecuencia, nula la sentencia de vista, considerando que el demandante y la menor vienen desarrollando tratamiento de padre e hija, inclusive viven con la madre biológica.

Comentario: en el presente caso no se evidencia una filiación socio afectiva, ya que la niña vivía con el padre biológico y su madre biológica; no conviviendo con el padre legal, y por ende crea lazos sentimentales con el padre biológico y se identifica con él.

3.12.2.9. Casación N° 2529-2012.

Resumen del caso: Manuel interpone demanda de impugnación de paternidad de la menor M, la que dirige contra Carmen, señala que contrajo matrimonio con la demandada, habiendo procreado a la menor de

iniciales D, decayendo el matrimonio después del nacimiento de la precitada hija; el actor se retiró del hogar conyugal, para ir al extranjero, si bien retornó al Perú, pero no mantuvo relaciones con la demandada, y por ende no pudo haber procreado un hijo con la demandada.

En primera instancia se declara fundada la demanda por considerar que el actor no es el padre y que se acreditó que no hizo vida en común con la demandada durante la concepción de la menor.

Elevada a consulta ya que la demandada se encontraba rebelde, a pesar de que estaba debidamente notificada, la sala reformándola la declara infundada considerando que el derecho a la identidad de una niña no resulta factible por conclusiones desfavorables (la de indicar que no pudieron hacer vida en común en su retorno al Perú del extranjero).

El recurso de casación interpuesto por el demandante es declarado fundado y se ordenó se emita nuevo fallo.

Comentario: en la presente casación no se ha evidenciado la filiación socio afectiva por cuanto el demandado trabaja en Italia, no convive con la menor, y cuestiona la calidad de hija porque él no fue quien la procreó.

3.12.2.10. Casación N° 864-2014.

Resumen del caso: Ítalo interpone demanda de nulidad de acto jurídico contra Olga López en la que solicita la nulidad de la partida de nacimiento del menor O.D.V.L, mencionando que el acto de reconocimiento proviene del engaño de la madre. Durante el proceso se

practicó la prueba pericial de ADN, la que concluye que el demandante no es el padre biológico del menor. En primera instancia se declara fundada la demanda en atención al Principio del Interés Superior del Niño, y protección al derecho a la identidad. En la segunda instancia se revoca la sentencia emitida, y reformándola declara infundada la demanda, amparándose en el artículo 395° del Código Civil.

El recurso de casación interpuesto por el demandante se declara infundado, considerando que el reconocimiento realizado por el actor no cuenta con vicios acreditados en su manifestación de voluntad; por ello, tal situación resulta insuficiente para solicitar la nulidad de la partida de nacimiento del menor a quien el demandante habría reconocido como hijo suyo.

Comentario: al evaluar la presente casación no se ha evidenciado una filiación socio afectiva, ya que el actor no ha convivido con el menor y no ha existido lazos sentimentales, además se ha visto que las decisiones realizadas por los magistrados dan a notar que el análisis se ha enfocado no solo a las normas del Código Civil, sino de acuerdo al control difuso dando un espacio para la aplicación de las normas constitucionales. Así mismo se debe dar una mejor evaluación al del derecho a la identidad.

3.12.2.11. Casación N° 2245-2014.

Resumen del caso: Luis interpone demanda de impugnación de paternidad contra Petronila Rengifo a fin de que se disponga la anotación marginal de su partida de nacimiento del menor D. El demandante

manifestó que conoció a la madre del menor cuando tenía tres meses de gestación, así mismo comentó que conocía al padre biológico, de tal manera que cuando nació el menor, él asienta su partida aceptándolo como su hijo, luego cuando feneció la relación convivencial con la demandada, inicia el conflicto. En primera instancia se declara fundada la demanda considerando que se debe priorizar la verdad biológica frente a la verdad puramente formal, además que la prueba de ADN verifica que no es el padre biológico. En segunda instancia se declara infundada la demanda, señalando que los apellidos adquiridos son reconocidos por la vía de filiación, generando relación de este con la familia, así mismo iría contra el interés superior de los menores y seguridad jurídica de la materia de filiación. La Sala Suprema declara infundado el recurso de casación interpuesto por el demandante, pues consideran que no se ha inaplicado el artículo 7° de la convención sobre los derechos del niño, así mismo no se configura infracción normativa, en aplicación del artículo 397° del Código Procesal Civil.

Comentario: Al evaluar la presente casación se ha evidenciado que no existe filiación socio afectiva, ya que el demandante al reconocer al niño busca quedar bien con la madre del menor y no tenía la intención de ser padre, puesto que, al año de reconocer al niño, buscó impugnar la paternidad por fenecer su relación, no generando lazos sentimentales entre el niño y el actor.

Por otro lado, también se verifica que los magistrados no solo han resuelto el caso valorando las normas reglas del Código Civil, sino que

también han dado un espacio para garantizar el Principio del Interés del Niño, permitiendo que no se vulnere los derechos del menor.

3.12.2.12. Casación N° 1622-2015.

Resumen del caso: Esteban demanda impugnación de reconocimiento de paternidad en contra Ana Gutiérrez solicitando que se suprima su nombre de la partida de nacimiento de la menor E. En primera instancia, se declara fundada la demanda, ya que la prueba pericial del ADN concluyó que no es el padre biológico de la menor. En segunda instancia revoca la sentencia apelada, reformándola declara improcedente la demanda, en base al artículo 399° y 400° del Código Civil, y al Principio de Interés Superior del Niño. La Sala Suprema declara infundado el recurso de casación interpuesto por el demandante, considerando que resulta pertinente la aplicación de los artículos 399° y 400° del Código Civil, pues amparar la demanda significaría que se fomente la figura de impugnación de paternidad por cualquier motivo.

Comentario: al evaluar la presente casación se ha evidenciado que no existe la filiación socio afectiva, ya que el demandante no ha convivido con la menor y no ha creado lazos sentimentales. Asimismo, se verifica que en el análisis realizado por los magistrados se ha valorado el principio del Interés Superior del Niño y las normas constitucionales, ya que cuando se objeta sobre la identidad del menor, se debe tener en cuenta el cariz estático y el cariz dinámico.

3.12.2.13. Casación N° 4976-2017.

Resumen del caso: César interpone demanda de impugnación de paternidad contra Roxana y Carlos para esclarecer el vínculo paterno filial entre el menor y su persona. La sentencia de primera instancia declara fundada la demanda, estableciendo con la prueba de ADN que César es padre biológico del menor S y que Carlos no es el padre. En segunda instancia se confirma la sentencia apelada.

La Sala Suprema declara infundado el recurso de casación interpuesto por los demandados considerando que no hay infracción normativa de los artículos 1969°, 1971°, 1983° del Código Civil y en aplicación del artículo 397° del Código Procesal Civil.

Comentario: al evaluar la presente casación no se ha observado la existencia de la filiación socio afectiva por que el niño no identifica como padre al demandado si no al demandante (padre biológico). Por otro lado, se ha verificado que los magistrados si han aplicado de manera adecuada el Principio del Interés Superior del Niño y el derecho a la identidad, concibiendo no en favor de los padres sino en interés del hijo, garantizando la protección de sus derechos.

3.12.2.14. Casación N° 5613-2017.

Resumen del caso: Guillermo interpuso demanda de impugnación de paternidad contra Catherine, solicitando que se declare judicialmente que el accionante no es el padre biológico del menor de iniciales S. F. V. R. En la primera instancia se declaró fundada la demanda basándose en el

resultado de la prueba de ADN realizada, la que concluye que Guillermo no es el padre biológico de la menor. En la segunda instancia se confirmó la sentencia apelada, que declaró fundada la demanda.

La Sala Suprema declaró fundado el recurso de casación interpuesto por la demandada, por la causal de infracción normativa procesal del artículo 123° del Código Procesal Civil y por la causal de infracción normativa material del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. Así mismo hay un voto en discordia, en el que se pronuncian sobre la valoración de la opinión del menor, en la cual hace referencia que tiene derecho a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en la decisión de un conflicto que lo involucra.

Comentario: al evaluar la presente casación se ha evidenciado que no existe la filiación socio afectiva, ya que el demandante no ha convivido y no creado lazos afectivos con el menor. Por otro lado, también se ha podido verificar que uno de los magistrados ha realizado un análisis sugiriendo la importancia del valor de la opinión del menor en el proceso, del mismo modo alude que se debe dar una mejor aplicación e interpretación de la Convención de los Derechos del Niño, con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de los menores.

3.12.1.15. Casación N° 788-2018.

Resumen del caso: Yinner interpone demanda de impugnación de paternidad contra Vicki, a fin de que se establezca su paternidad respecto

del menor Y.S.R.M., y se lo excluya como su padre biológico en los documentos correspondientes. En primera instancia se declara fundada la demanda, basándose en la prueba de ADN que concluye que no es padre biológico del menor, así mismo hace referencia que se debe primar establecer la verdad biológica y derecho a la identidad.

En segunda instancia confirma la sentencia de primera instancia, argumentando que el menor tiene derecho a conocer su verdadera filiación e identidad.

La Sala Suprema declara infundado el recurso de casación interpuesto por la demandada, mencionando que no se apreció la infracción normativa del artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Perú y de los artículos 265° y 266° del Código Procesal Civil , pero con un voto en discordia, en la que se pronuncia que para dar solución entre la verdad biológica y la manifestación de voluntad del reconocedor; el juez tiene la obligación de evaluar la capacidad del niño a formarse una opinión autónoma, teniendo en cuenta criterios cronológicos, psicológicos, culturales y sociales, de manera que los menores en un proceso que les afecte puedan expresar lo que sienten .

Comentario: al evaluar la presente casación se ha evidenciado que no existe la filiación socio afectiva, ya que el demandante no convivió con el menor, además se verifica que los magistrados al resolver no han evaluado de manera adecuada al Principio del Interés del Niño y el

derecho a la identidad. Lo que con lleva a mencionar que se debe dar un mejor interpretación y análisis de sus derechos.

CAPITULO IV

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD

4.1. Antecedentes del derecho a la identidad

Es preciso señalar que:

El derecho a la identidad personal surge con claridad en la jurisprudencia de algunos países europeos, como fue en Italia, pues a partir de las sentencias de los jueces italianos se puso en evidencia el derecho a la identidad lo que permitió ser objeto de reconocimiento y tutela jurídica con independencia de otros derechos fundamentales (Fernández Sessarego, 2015, p.208).

En un inicio el desarrollo del derecho fundamental de la identidad se fue dando en los países europeos, siendo Italia uno de los primeros en dar reconocimiento y protección a este derecho, lo que permitió evidenciar la importancia como derecho fundamental de la persona.

El derecho a la identidad personal en el Perú, era desconocido como en el resto de los países latinoamericanos, fue a partir de los años ochenta que aparecen los primeros conceptos propios de la doctrina y jurisprudencia de este derecho.

El principal aporte en América Latina sobre el derecho a la identidad personal, fue el maestro Carlos Fernández Sessarego, quien desarrolló y aportó el conocimiento de este derecho, permitiendo el acogimiento en nuestra legislación peruana. Con la incorporación del derecho a la identidad personal en la

Constitución peruana de 1993, se abre una evolución de los derechos de las personas en Perú.

4.2. Definición del derecho a la identidad

El derecho a la identidad personal constituye, *per se*, un derecho fundamental personalísimo, que implica el derecho de ser uno mismo y no otro, diferenciándonos de los demás (Moscol Borrero, 2016).

Para Fernández Sessarego “La identidad personal es el conjunto de datos biológicos, atributos y características que permitan individualizar a la persona en la sociedad” (2015, p.116), dichas cualidades permiten identificar e individualizar a una persona de otra.

Complementado el concepto, se puede precisar que:

La identidad del ser humano se constituye a través de un continuo e interrumpido proceso de auto creación, mediante una sesión de haceres y quehaceres de la existencia humana. Formándose a través del tiempo, dentro de una relación intersubjetiva presentado dos vertientes. Una estática inmodificable o con tendencia a no variar y la dinámica mutable en el tiempo. (Fernández Sessarego, 2015, |p.680).

La identidad también se construye a través de las experiencias vividas en el proceso de nuestra vida, lo que ayuda a formar la personalidad de una persona. Partiendo de ello, el derecho a la identidad se compone de dos dimensiones: la estática y dinámica.

4.3. Derecho a la identidad en su dimensión estática

Para Fernández Sessarego “La identidad estática está dada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona, como su nombre, imagen, estado civil, su edad y fecha de nacimiento, entre otros datos” (2015, p.681).

La identidad estática hace referencia al aspecto genético de las personas con sus progenitores. Comprende la verdad biológica: la identificación, los datos físicos de una persona; es decir, “el origen, la imagen, la filiación, el sexo, el estado civil, etc.” (Amey Gómez & Fernández Acuña, S/N, p. 68), es aquella faz inmutable que inicia con el nacimiento de la persona y no cambia a lo largo del tiempo, no siendo tan absoluto, pues podría variar alguno de ellos mediante decisión judicial, por ejemplo, cambio de nombre.

4.4. Derecho a la identidad en su dimensión dinámica

Para Fernández Sessarego:

La identidad dinámica es la que se refiere al despliegue temporal y fluido de la personalidad. Ella está constituida por los atributos y características de cada persona, desde lo ético, religioso, cultural, ideológico, político y profesional. Es la manera como cada ser humano se presenta ante los demás en la vida social. Ella no permanece estática, va cambiando en cierta medida, con el correr de los años (2015, p.682).

La identidad en la dimensión dinámica, se refiere a la formación de la personalidad que un ser humano realiza para la construcción de su identidad, para

formarlo no solo se toma en cuenta su identidad genética, sino también cuentan otros aspectos sociales, y así determinar quién quiere ser y como querer ser identificado.

Este aspecto puede variar con el tiempo, “(...) involucra las relaciones sociales que las personas van generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, su biografía existencial, creencias, su estructura social y cultural” (Herrera Marisa citada por López Daniela & Sabrina Silva, 2015, p. 4),

Por ende, el aspecto dinámico complementa al aspecto estático, lo que contribuye a individualizar a las personas, exteriorizando los rasgos propios de la personalidad y su cultura, con la finalidad de proyectar en el mundo exterior como quieres ser identificado.

Precisando la importancia del cariz dinámico y estático, mediante el siguiente ejemplo: una persona asistente a una reunión social o caminando por la calle, lo que salta a la vista son las características físicas, estatura, color de piel, pero ello no basta para identificarlo, se necesita saber su creencia, ubicación social, su ideología política, se necesita comprender que el derecho a la identidad tiene dos vertientes el estático y el dinámico (Fernández Sessarego, 1997).

Del ejemplo se evidencia que no solo basta saber el nombre de la persona, su estatura y sus rasgos físicos, para conocer a alguien, sino necesitamos saber su personalidad interna, su creencia, su religión, etc.

Esta dimensión dinámica incluye los vínculos paternos filiales aceptados y vivenciados en el marco de relaciones familiares, las experiencias de los padres con los niños.

4.5. Marco normativo

4.5.1. Nacional

1. Constitución Política del Perú; en su artículo 2º, inciso 1, precisa “toda persona tiene derecho: (...) a su identidad...”.
2. Código de los Niños y Adolescentes (C.N.A), ley N° 27337; en su artículo 6º señala que: “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad (...)”
3. Código Civil (C.C), Decreto Ley N° 295; en su artículo 19º prescribe que: “toda persona tiene el derecho y deber de llevar un nombre (...)”.

4.5.2. Internacional

1. Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por el Perú con resolución legislativa N° 25278; en su artículo 7º, inciso 1, establece: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Asimismo, en su artículo 8º, inciso 1, señala que: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

CAPÍTULO V

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y DERECHO A VIVIR EN UNA FAMILIA

5.1. Derecho al libre desarrollo de la personalidad

5.1.1. *Antecedentes del derecho al libre desarrollo de la personalidad*

Es necesario establecer, que según Villalobos Badilla (2012), la aproximación al concepto del derecho al libre desarrollo de la personalidad, por vez primera fue en Alemania, donde se inicia su desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

En este sentido, la primera aplicación de este derecho fundamental se dio en 1957 con el caso Elfes, en él se definió y desarrolló jurisprudencialmente por primera vez.

Es preciso indicar:

(...), que este derecho es el ámbito último intangible de la libertad humana y que la garantía de la libertad general de acción se presenta como una extensión de la protección más allá de este ámbito, amparándose de este modo todas las libertades y derechos fundamentales de la persona humana, estén o no enumeradas en el catálogo de derechos constitucionales fundamentales (Tribunal Constitucional de Alemania como citó en Villalobos Badilla, 2012, p. 65).

La decisión del caso Elfes fue una jurisprudencia importante y fundamental ya que, a través de su desarrollo, se protegió el derecho al libre

desarrollo de la personalidad garantizando su aplicación de una manera adecuada, lo que sirvió de modelo para que mas adelante los demás países acojan este derecho.

5.1.2. Definición

El derecho de libre desarrollo de la personalidad, se puede entender como: “(...) aquel derecho que posee todo ser humano de desarrollarse, auto determinar, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a sus propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, vocación, deseos, preferencias e inclinaciones” (Villalobos Badilla, 2012, p. 63).

Complementando ello, el Tribunal Constitucional señala que:

El libre desenvolvimiento de la personalidad es el fundamento bajo el cual una persona puede buscar un sentido de pertenecía e identificación dentro de la sociedad cuyo goce y ejercicio abarca aquellas decisiones que no se encuentran protegidas de forma especial por otros derechos y garantías, permitiendo que pueda tomar las decisiones que considere necesarias para cumplir su plan racional de vida. En suma, se trata de un derecho que se basa en el ejercicio puro del principio de libertad y de opción, pero sujeto a que no se afecte a terceros y que no haya un abuso del mismo (EXP. N°0007-2006-AI/TC.-Lima, p.13)

En ese mismo orden de ideas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica la realización de la persona como ser humano, poder buscar, aprender, mejorar y reforzar aspectos intelectuales y morales que ayude a contribuir al desarrollo de la personalidad.

5.1.3. Protección jurídica

5.1.3.1. Regulación jurídica en nuestro sistema nacional

1. Constitución Política del Perú, el derecho al libre desarrollo de la personalidad no está regulado de manera expresa en la Constitución, pero si lo está de la manera implícita, puesto que se deriva del derecho fundamental de dignidad de la persona.
2. Código de los Niños y Adolescentes (C.N.A), ley N° 27337, en su artículo 6° señala que: “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad.”

5.1.3.2. La protección internacional

1. Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada con resolución legislativa N° 13282, de fecha 15 de diciembre de 1959; en su artículo 22 indica que: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

En su artículo 26° inciso 2, precisa “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del

respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.”

Además, en el artículo 29° inciso 1 precisa “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.”

2. Convención sobre Los Derechos del Niño, aprobada por el Perú con resolución legislativa N° 25278; en el párrafo 6 de su preámbulo 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.

En artículo 29° inciso 1 establece “Dispone respecto a la educación, que los Estados Parte convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: -Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.”

3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada por el Perú por Decreto Ley N° 22128, con fecha 12 de abril de 1978; en el artículo 16°, precisa que: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

5.2. Derecho a vivir en una familia

5.2.1. Concepto

Es uno de los derechos más importantes para todo niño, niña y adolescente el vivir con su familia, salvo excepciones. La familia busca la protección, son responsables del cuidado de los niños (as); no puede ser opcional dicho cuidado, sino obligatorio por parte de los padres, tíos, abuelos, etc.

Cada individuo debe sentir el cariño y la protección de crecer en una familia, tener el apoyo de la familia trae muchas cosas positivas, ya que impacta directamente en sus logros. Es allí que las familias unidas por lazos de sangre o de afinidad, crean vínculos que le ayudarán a crecer y proyectarse a lo largo de la vida.

La Convención sobre los Derechos del Niño, sitúa a la familia como una institución familiar privilegiada e indiscutible para el desarrollo de niños, niñas y adolescentes; dicha convención exige a los Estados la creación de políticas públicas para que las familias puedan asumir todas sus responsabilidades para con los niños. “Esto implica brindarles una atención adecuada y asistirles en los distintos planos de su vida, promoviendo progresivamente su autonomía.” (Aldeas infantiles SOS internacional, 2018, p. 7).

Los adultos son responsables de la crianza de los niños, niñas y adolescentes “(...) la familia es el lugar en donde deben estar aquellas personas que más quieren y protegen a los integrantes de la familia.” (Aldeas infantiles SOS internacional, 2018, p. 7).

Es necesario indicar que:

Creer en familia es mucho más que satisfacer las necesidades básicas. El crecimiento y el desarrollo infantil no está determinado únicamente por

una buena alimentación, vestimenta y salud física, sino que la vivencia de relaciones emocionales y afectivas positivas tiene un rol protagónico.

(Aldeas infantiles SOS internacional, 2018, p. 7).

La Comisión y la Corte Interamericana han sido claras en señalar que los niños y las niñas "poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos (...) y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 21). La protección especial del niño se debe a sus condiciones, en ésta etapa necesita y depende de una persona adulta para recibir la atención y los cuidados necesarios, en especial en los primeros ciclos de su vida.

Es así que, la responsabilidad del bienestar, del cuidado del niño y la protección de sus derechos recae en sus progenitores y familiares, sin importar la composición de esta. Los padres como representantes están obligados a la crianza y desarrollo del niño, debiendo procurar la protección adecuada del interés superior del niño. El derecho a la familia se relaciona con todos los derechos del niño, debido al lugar que ocupa la familia en la vida y etapas de los niños, teniendo un rol de protección, cuidado y crianza.

El derecho a la familia se vincula también de modo particular con el derecho a la identidad, puesto que uno de los elementos que integran el derecho a la identidad es el derecho del niño a preservar sus relaciones familiares sin injerencias ilegítimas, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013) la identidad del niño se forja por la creación de vínculos afectivos entre el niño y las personas más cercanas a él. La influencia de las personas que viven

cerca al niño en todo el proceso de crianza, construyen un vínculo intrínseco entre el derecho a la familia y a la identidad.

El derecho a vivir en una familia puede ser protegido por cualquier intromisión ilegítima o injerencia arbitraria, “(...) el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia.” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p.35).

5.2.2. Principios para una eventual separación de un niño de su familia

Los niños no pueden ser separados de sus padres, salvo, decisión judicial (siempre que sean de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables); además esa separación debe ser necesaria y garantizar el interés superior del niño; la separación será analizada en cada caso, donde el niño sea objeto de maltrato o los padres lo descuiden, siendo este el último recurso y si es posible ser temporal.

Para que la separación sea necesaria debe aplicarse los siguientes principios:

5.2.2.1. Principio de necesidad

La separación de los niños de su familia debe ser adecuada, como una medida de protección, y con ello garantizar su bienestar. Si el niño se encuentra en un entorno no seguro se tendrá que adoptar esta medida de protección, que implica la separación del niño de su familia, para ubicarlo en un contexto seguro y respetuoso. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013).

Las separaciones deben ser justificadas y documentadas, pues la decisión debe ser basada en el principio interés superior del niño; es por ello que:

La evaluación deberá ser realizada por un equipo multidisciplinario integrado por profesionales capacitados para ello y conducirse en base a criterios técnicos y objetivos pre-establecidos en la normativa, a fin de poder determinar de modo razonado y justificado la necesidad de la medida y la idoneidad de su contenido. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p.96).

5.2.2.2. Principio de excepcionalidad

Antes de la separación del niño se debe de haber realizado los esfuerzos posibles por apoyar y asistir en el adecuado cuidado y crianza del niño “(...) puesto que las medidas buscan la restitución de derechos y la reintegración más pronta posible del niño a su familia.” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p.87).

La separación debe de tener un carácter temporal, ésta medida tiene como objetivo superar las circunstancias que dieron lugar a esta; salvo que ya no se pueda reunir a los niños con su familia.

5.2.3. *Protección jurídica*

5.2.3.1. Protección internacional.

1. La Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en su artículo 19º precisa que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.
2. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo VII indica que: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.”

CAPÍTULO VI

PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y PATERNIDAD RESPONSABLE

6.1. Principio de interés superior del niño

6.1.1. Fuerza normativa

6.1.1.1. Nacional

1. Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 4 señala “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”.
2. Código de los Niños y Adolescentes (C.N.A), ley N° 27337, que en su Título Preliminar en su artículo IX precisa que: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, del ministerio público, los gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio interés superior del niño y del adolescente y respeto a sus derechos”.
3. Ley N° 30466, ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño; que en su artículo 2° indica que: “El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecte directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos.”

4. Decreto supremo N° 002-2018-MIMP, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30466, donde se precisa lo siguiente:

Artículo 9.2 referido a la Identidad de la niña, niño o adolescente, en el cual se señala que, “Al evaluar el interés superior del niño, las autoridades y responsables de las entidades públicas y privadas respetan el derecho a la identidad de la niña, niño y adolescente, abarcando características como nombre, fecha de nacimiento, lengua materna, origen, familia biológica, identidad étnico cultural, pertenencia a un pueblo indígena u originario, sexo, género, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política, contexto social o económico, centro de vida, discapacidad o cualquier otra condición de la niña, niño, adolescente o de su madre, padre, familiares o representantes legales.”

Artículo 9.3 referido a la Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, en el que se indica que,

“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.

En el ejercicio del derecho a mantener relaciones personales, la autoridad competente debe tener en cuenta la opinión de la niña, niño o adolescente, la calidad de las relaciones intrafamiliares, la necesidad de conservarlas, garantizando con ello su derecho a tener contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que afecte su desarrollo integral o bienestar.”

6.1.1.2. Internacional

1. Declaración de los Derechos del Niño, que precisa en su artículo 2º: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidad y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.
2. Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada con resolución legislativa N° 25278, que indica en el artículo 3º: “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”.

6.1.2. Concepto

El Tribunal Constitucional entiende al principio de interés superior del niño como:

Aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescentes, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose, por tanto, en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales. (Exp. 2132-2008-PA/TC).

Ante cualquier colisión del interés de un niño frente a la de un adulto indubitadamente el primero debe ser preferido, ya que la situación de un niño no es en nada comparable con la de un adulto, los primeros necesitan especial y mayor cuidado; su esencia radica en la defensa de aquella persona que no lo puede hacer por sí mismo: no puede oponerse, resistirse ni responder ante un agravio a sus derechos; la protección al niño, niña y adolescente no solo vincula a las entidades públicas sino también a las entidades privadas y a la sociedad.

6.1.3. La aplicación del principio del interés superior del niño en el derecho a tener una familia

El niño tiene el derecho a tener una familia y conjuntamente vivir con ella; la familia va a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, la

“(…) convivencia entre padres e hijos constituye en elemento fundamental en la vida familiar” (Expediente N° 1817-2009-PHC/TC); por ello cualquier limitación al derecho a la familia, es decir, a ser separado de ella, se debe de tener muy en cuenta el principio del interés superior del niño, “(…)la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que esta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud” (Expediente N° 1817-2009-PHC/TC).

Ya que la separación o impedir el contacto con alguno de sus miembros sin razón determinante, afecta su crecimiento; más aún cuando se pretende suprimir los lazos afectivos que tiene con los miembros de su familia, ello afectaría el derecho a vivir en una familia y el principio de interés superior del niño.

6.1.4. La aplicación del principio del interés superior del niño en el derecho a la identidad

El derecho fundamental a la identidad está compuesta por la filiación (relación que va a tener el padre y el hijo); en el caso de que el padre legal no sea el biológico, se debe de analizar, si es beneficioso que la relación entre el padre afectivo y el niño siga, si el menor se siente representado e identificado con su padre no biológico debe tenerse en cuenta, así como también si el niño no se identifica con el padre no biológico.

6.2. Paternidad responsable

6.2.1. Concepto

Para Bermúdez Tapia, la paternidad responsable es “(...) aquella relación normal entre un progenitor padre o madre y su descendiente, que está influenciada por una compleja relación que comprende el desarrollo individual, las relaciones matrimoniales, el estatus de trabajo y las características de la familia” (Bermúdez Tapia 2005, p. 544). La paternidad responsable es asumir desde un inicio el compromiso de ser padre, sin excusa alguna, partiendo desde la voluntad que tiene las personas con el cumplimiento de sus obligaciones para con el hijo. (Duarte Rodrigo citado por Varsi Rospigliosi, 2013).

La paternidad responsable en la filiación socio afectiva, se ve reflejado por el deseo de una persona de ser padre sin tener un vínculo biológico con el niño, sino la aspiración de ser papá, abarcando un compromiso real.

6.2.2. Regulación jurídica

6.2.2.1. Nacional

1. Constitución Política de Perú; que precisa en su artículo 6° “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce al derecho de las familias y de las personas responsables a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y

sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”.

2. Código de los Niños y Adolescentes (C.N.A), ley N° 27337, en su artículo 8°, cuarto párrafo, precisa que, “Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.”

Artículo 3-A, referido al Derecho al buen trato, el cual señala que, “Los niños, las niñas y adolescentes, sin exclusión alguna, tiene derecho al buen trato, que implica a recibir cuidado, afecto, protección, socialización, reducido no violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo, en a que se brinde protección integral, ya sea por parte de sus padres, tutores responsables o representantes legales, así como sus educadores autoridades administrativas, públicas o privada cualquier otra persona.”

El derecho al buen trato es recíproco entre los niños, niñas y adolescentes.”

6.2.2.2. Internacional

1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que prescribe en su artículo 5°, “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según

establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Así también en el artículo 18° de dicha Convención, se prescribe lo siguiente:

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

2. Pacto Internacional de los derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobada por el Perú, mediante decreto ley N° 22129, donde en su artículo 10, inciso 3, indica que,

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

CAPITULO VII

LA EXPERIENCIA COMPARADA: BRASIL

7.1. Paternidad socio afectiva

Es preciso señalar que “Ninguna ley extranjera ha avanzado en esta materia tanto como la brasileña, inicialmente en doctrina y, luego en jurisprudencia.” (Paulo Lobo, 2015, p. 1745).

La paternidad socio-afectiva es un género del cual la paternidad biológica y la paternidad no biológica son especies. Según Berenice Días (2013), el parentesco ha dejado necesariamente el vínculo consanguíneo, si el que procrea no desempeña sus funciones nace el padre afectivo, puesto que la paternidad es la fuerza y vehemencia del área afectiva.

La verdadera paternidad deja de basarse solo en la información biológica; exige una concreta relación paterno-filial, “(...) padre e hijo que se tratan como tal, de donde emerge la verdad socio afectiva. El padre afectivo ejerce, en la vida del hijo, la función de padre” (Chaves de Farias, 2008, p. 515).

La legislación brasileña ha ido implementando la paternidad socio afectivo, tomando en cuenta el surgimiento de nuevas realidades, como fue la desbiologización, pues la búsqueda de la paternidad no solo abarcaba el tema del ADN sino conlleva la evaluación y complementación de los elementos afectivos y sociales que permitan al ser humano sentirse realizado.

7.2. Filiación socio afectiva

El dato biológico ha dejado de ser fundamental. “La filiación socio afectiva resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales, el vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera ser su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar”. (Fachin como citó en Berenice Días, 2010, p. 86), la figura de la filiación se cimienta no solo en las semejanzas del ADN, sino en la paternidad responsable del padre afectivo que actuó y decidió serlo, a falta del biológico.

7.3. Regulación socio afectiva en la Constitución Brasileña

La Constitución brasileña reconoció otras estructuras familiares y prohibió distinción entre los hijos de cualquier origen, evolucionando no solo en su pensar si no el derecho también, la filiación no acontece solo del tema biológico, “Se tornó una construcción afectiva y permanente que se hace en la convivencia y en la responsabilidad.” (Lobo Paulo, 2007, p. 7), de tal manera se empieza a prestar más atención a los eslabones de la afectividad, lo que conlleva a protegerlos.

La evolución de la concepción de familia en Brasil, implicó según Berenice Días (2010) primar la dignidad de las personas y consagrando los principios de igualdad y de la solidaridad, a razón de ello se reconoce el afecto como una realidad a tutelar, en las familias y en la filiación.

Así mismo se puede indicar que el objeto de tutela actualmente es el individuo y no la sociedad familiar, esta tutela es en razón del ser humano.

La Constitución federal de Brasil implementó la afectividad para proteger jurídicamente a los menores “(...) consagró a los principios de la igualdad y de la

solidaridad, lo que permitió protección a nuevos prototipos en la institución de la familia” (Paulo Lobo, 2015, p. 1755).

La ley brasileña prevé cuatro tipos de membresía, que surgen de los siguientes orígenes: “a) por consanguinidad; b) por adopción; c) por inseminación artificial heteróloga; d) en virtud de la posesión de un estado de afiliación.” (Paulo Lobo, 2015, p. 1760).

7.4. El principio de afectividad y paternidad socio afectiva

El derecho de familia en Brasil, se basa en el principio de afectividad con ello buscar la estabilidad en las relaciones intrafamiliares. (Paulo Lobo, 2015)

Este principio “Es el vehículo propulsor del reconocimiento jurídico de las nuevas relaciones de parentalidad que se basan en el afecto.” (Da Cunha Pereyra, 2008, p. 24), el derecho brasileño lo denomina socio afectividad, abarcando no solo a los hijos no biológicos sino a los del cónyuge o compañero.

El principio de la socio afectividad “da lugar a la igualdad entre hermanos biológicos y hermanos no biológicos y al respeto de sus derechos fundamentales” (Paulo Lobo, 2015, p. 1753), además al fuerte sentimiento de solidaridad mutua.

Para Da Cunha Pereyra, “los hijos socio-afectivos son los hijos adoptivos, los hijos del corazón, independientemente de los lazos genéticos” (2008, p. 23). Nada puede garantizar que la mejor crianza de los hijos y el desarrollo biológico y psicológico, pueda darlo solo los padres biológicos, sino también otras personas que comparten y conviven con los niños, estas personas también podrán garantizar

el cuidado y la formación del menor, esto permite realizar la labor que muchas veces no realiza el padre biológico.

7.4.1. Características del principio de afectividad

Según Paulo Lobo (2015, p. 1750), las características son:

1. Todos los niños son iguales, independientemente de su origen.
2. La adopción, como opción afectiva.
3. Se elevó plenamente al plan de igualdad de derechos.
4. La comunidad formada por cualquiera de los padres y sus descendientes, incluidos los adoptivos, tiene la misma dignidad que una familia constitucionalmente protegida.
5. La vida familiar (y no el origen biológico) es una prioridad absoluta garantizada a los niños, niñas y adolescentes.

7.4.2. Presupuestos del principio de afectividad

Como precisa Paulo Lobo:

(1) La integración de la persona en el grupo familiar; (2) asumir un papel de padre; (3) convivencia duradera. Se distingue, por tanto, de la relación parental, de origen biológico, en cuanto ésta le es atribuida por la ley, mientras que la relación socio afectiva es reconocida por el derecho, con base en los hechos consolidados de la vida familiar. (2015, p. 1757)

CAPITULO VIII

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En este capítulo, se presenta la determinación de la hipótesis planteada; así, se puede evidenciar que la hipótesis precisada es viable, pues formulamos: los criterios jurídicos para la regulación legislativa de la filiación socio afectiva en el ordenamiento jurídico peruano; ya que es necesario para los diversos casos que se presentan en la actualidad, donde la filiación se encuentra en controversia y ya no es aplicable solamente el criterio biológico (identidad estática), sino que se hace necesario analizar el aspecto dinámico, que implica la afectividad, experiencias, apego, convivencia del menor con el padre.

Al evaluar las 19 casaciones emitidas por la Corte Suprema del Perú entre los años 2010 y 2019 en los procesos de filiación, permite verificar lo siguiente:

Que específicamente en las casaciones N° 950-2016, N° 2340-2015, N° 3797-2012 y N° 5646-2017, en las que se ha discutido la filiación de los menores, los magistrados han resuelto mediante un análisis e interpretación de las normas constitucionales, lo que permite avalar la protección de los derechos fundamentales a la identidad dinámica, a vivir en una familia y al libre desarrollo de la personalidad de los menores.

Cabe señalar que estas casaciones pueden servir de apoyo para poder reconocer y evaluar nuevos criterios que permitan dar un espacio a la filiación socio afectiva.

En efecto en las casaciones N°2112-2009, N° 3267-2011, N° 3776-2010, N° 997-2012, N° 1602-2011, N° 1819-2012, N° 2726-2012, N° 3801-2010, N°

2529-2012, N° 864-2014, N° 4976-2017, N° 2245-2014, N° 1622-2015, N° 5613-2017 y N° 788-2018, se ha podido verificar que en algunas casaciones se ha resuelto invocando el principio del interés superior del niño y el derecho a la identidad, no obstante ello, no mencionan de manera directa el criterio socio afectivo, pero de alguna forma lo reconocen y abren un camino para que se pueda valorar más adelante en nuestro ordenamiento jurídico, claro está, atendiendo al caso en concreto, todo ello con la finalidad de lograr asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y su interés superior.

8.1. Resultados

8.1.1. Que a través de la constitucionalización del derecho de familia se contribuye a dar un paso para la regulación de la institución de la filiación socio afectiva.

El proceso de constitucionalización del derecho de familia en nuestro sistema jurídico, implica una nueva forma de ver el derecho, se le da más cabida a la interpretación y protección de los derechos fundamentales para la defensa de los individuos que forman parte de cada familia, especialmente a los niños(as) y adolescentes, en ejercicio de sus derechos y la incorporación del interés superior como consideración primordial en todos los asuntos que actualmente pudiesen afectarlos.

La aplicación de la constitucionalización permitirá la utilización no solo de norma constitucional regulada en nuestro sistema jurídico, sino de normas convencionales incorporando un análisis riguroso; y con ello avalar los derechos

comprendidos en nuestra Constitución, incluso si esos derechos no están formal o expresamente reconocidos por ella.

Con la constitucionalización del derecho de familia no se busca modificar ninguna institución jurídica, sino que éstas sean valoradas desde la perspectiva constitucional, de la misma forma se busca regular las nuevas realidades que han surgido, es así que el sistema jurídico no está funcionando en el ámbito familiar por que no se analiza el objeto de estudio, donde la prioridad no es la familia sino sus integrantes; por ello la protección de las nuevas realidades que han surgido no hacen cuestionar la labor del juez, ni de los doctrinarios, sino la de nuestros legisladores, quienes deberían emitir leyes que recogen la realidad.

No olvidemos que la sociedad ha ido evolucionando y que ya no estamos ante la realidad social del año 1984 en la que se dio el Código Civil; pues ahora en el caso de la filiación, esta institución no se adapta a las realidades actuales, ya que los vínculos biológicos han sido desplazados por el vínculo afectivo y social, cuya preservación es más relevante que la verdad biológica revelada en una prueba de ADN, claro está que esto se analizará en cada caso en concreto, siendo la constitucionalización una alternativa adecuada para resolver los casos de filiación socio afectiva, pues dicha institución no está regulada y no por ello se debe dejar de administrar justicia.

La impregnación de la constitucionalización del derecho de familia, se evidencia en la interpretación que han dado los jueces en algunas decisiones sobre impugnación de paternidad, como son las casaciones N° 950-2015, N° 3797-2012, N° 2340-2015 y N° 5646-2017, en las que se asegura la protección y el desarrollo

armónico e integral del menor, garantizando los derechos a vivir en una familia, derecho a la identidad en su faz dinámica y libre desarrollo de su personalidad.

Desde que hubo la transición a un Estado Constitucional de derecho, el conflicto de los derechos de los miembros de una familia debe solucionarse teniendo en cuenta los derechos fundamentales de cada integrante, y más aún cuando se trate de derechos que protegen a los menores.

8.1.2. Se garantiza la protección al derecho a la identidad dinámica, derecho a vivir en una familia y derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor.

1. Derecho a la identidad en su aspecto dinámico.

De la misma manera, se verifica la protección del derecho a la identidad, la que no solo involucra el aspecto biológico referido a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, sino que también se debe hacer alusión al aspecto dinámico que viene a ser las vivencias y experiencias de las personas, experiencias que son fundamentales para su desarrollo. Y para una protección íntegra y total de este derecho debe analizarse ambos aspectos, pues resultaría ilógico y extremista mantener el vínculo jurídico solo basándose en el aspecto biológico, ello podría generar una clara vulneración a los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente.

La identidad en su aspecto dinámico brinda protección jurídica a los vínculos afectivos que se generan a lo largo de la existencia entre el padre y el hijo no biológico, la convivencia entre ellos, ayuda a formar y consolidar el derecho a la identidad en su faz dinámica, que se vuelve más fuerte por el afecto y las vivencias que han tenido; además, el afecto constituye un denominador para la

conducción de una paternidad socio afectiva que se va formando por las experiencias vividas, y que no bastaría una prueba de ADN para que destruya esa construcción hecha entre ambos.

2. Derecho a vivir en una familia.

Al mismo tiempo, se asegura el derecho a vivir en una familia, dado que es el espacio de seguridad y amor para un niño, pues éste puede formar parte de la familia en la que siente cómodo e identificado; si el niño se siente más seguro con el padre afectivo, debe respetarse ello; y solo de ser necesario se hará la separación, por lo que se debe analizar si dicho alejamiento se lo hace en miras de brindar un mejor cuidado del menor y no afectarlo psicológica, ni emocionalmente.

El derecho a vivir en una familia involucra el cuidado total del menor, tanto física, biológica, emocional y psicológicamente. Así mismo, el niño puede ver en la figura del padre afectivo, el padre protector y cariñoso, en dicho círculo no importa el lazo bilógico sino el amor, el respeto, las relaciones familiares que vive y vivió con el padre afectivo; además se debe tener en cuenta qué tipo de impacto logró el padre no biológico sobre el niño y con ello se respete la posesión de estado que tendría el niño en dicha familia.

3. Derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Al mismo tiempo se debe de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, lo que simboliza la plena realización de una persona como ser humano, sin ninguna injerencia e interrupción del estado salvo aquellas limitaciones impuesta por la Constitución o la ley. Este derecho implica en la vida

del niño, niña y adolescente poder elegir por sí mismo su forma de vivir, con quienes hacerlo, el pasatiempo familiar, incluir en su proyecto de vida al padre afectivo, con este derecho el niño (a) podrá decidir si sigue con el padre afectivo o no, a quien identifica como familia; pues este derecho protege la plena independencia para escoger la personalidad de los niños, y con ello efectivizar su proyecto de vida en la sociedad.

En ese orden de ideas, en la presente investigación advertimos que garantizar este derecho permite a las niños, niñas y adolescentes el poder formar su propia familia incluyendo dentro de esta al padre afectivo, si bien la filiación socio afectiva no se encuentra regulada, ello conlleva a un defecto legal, que debe ser corregido a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de las personas.

8.1.3. Demuestra la importancia del principio del interés superior del niño(a) y adolescente; y paternidad responsable.

1. Importancia del principio de interés superior del niño.

Se puede verificar que es fundamental garantizar el principio del interés superior del niño, ya que ello no solo comprende su bienestar y cuidado, sino el interés primordial de proteger los derechos humanos de ellos. Este principio exige considerar a los niños como sujetos poseedores de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado.

De tal modo, en las casaciones analizadas también se puede verificar el interés superior del niño como un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en su aspecto físico, psíquico y social; ello conlleva a las

autoridades y organizaciones públicas y privadas de examinar cuidadosamente dicho principio, al resolver sobre las cuestiones que a ellos les afecten.

2. Proteger la paternidad responsable.

Se debe garantizar la paternidad responsable, ello ayudará a comprender la intención voluntaria del padre afectivo de asumir un compromiso filial, obligándose así, asumir la responsabilidad de un padre, tanto en el sustento económico como en la entrega de cariño y amor, aspectos que se debe brindar a un hijo; y con ello evitar que los niños sufran las consecuencia de una paternidad irresponsable.

Así mismo, en las casaciones analizadas se observa que los padres no biológicos, no cumplen solamente con la obligación de manutención respecto a los menores, sino que además tienen el compromiso de brindarles el afecto, el cuidado, socialización, ambiente armonioso para una adecuada protección integral de los menores, lo que es fundamental para su bienestar. Lo que nos lleva a corroborar que es necesario por parte del Estado se proteja y asegure la aplicación e interpretación correcta, evaluándose como un posible criterio jurídico para una regulación legislativa de la filiación socio afectiva.

8.1.4. Importancia de la doctrina y la jurisprudencia sobre la filiación socio afectiva.

Ambas como fuentes de derecho son de gran importancia, puesto que ayudan a formar nuevos criterios; varios doctrinarios reconocidos ya reconocen a la filiación socio afectiva como otro tipo de filiación, enmarcado por un factor primordial, el afecto, que en los últimos años ha tomado un gran auge.

En el caso de Brasil, esta legislación es el único de los países en Latinoamérica que ha implementado y legislado la afectividad, aplicando el principio de socio afectividad, reconociendo la afectividad como condición de categoría jurídica, lo que permite brindar la protección jurídica a los menores y a las nuevas modalidades de familias.

Brasil, recoge al afecto como una realidad digna de tutelar, basándose en el principio del interés del niño, el principio de la igualdad y de la solidaridad, de tal manera que se garantiza el derecho fundamental de la dignidad de las personas.

Por esta razón, se debe tener en consideración para un futuro, el modelo brasileño, pues esto llevaría a nuestra legislación peruana poder proteger y no desamparar las nuevas realidades sociales del derecho de familia que se están presentando en nuestro país.

Además, es necesario indicar que varias jurisprudencias han hecho prevalecer el aspecto afectivo en la filiación; siendo ello de gran importancia por cuanto podrán servir de base a las decisiones emitidas por los jueces especializados en familia, en casos similares.

8.2. Discusión

En la presente investigación se ha logrado verificar que los criterios jurídicos para la regulación legislativa de la filiación socio afectiva son necesarios, ya que las nuevas realidades que se presentan en cada caso, requieren nuevas soluciones que permitan proteger los derechos fundamentales de cada integrante de la familia, por tal razón, en la actualidad la filiación no abarca debidamente la regulación de la filiación socio afectiva, lo que conlleva a dejar de

proteger y de garantizar los derechos del niño, como es el derecho a vivir en una familia, el derecho a la identidad en su aspecto dinámico, y al libre desarrollo de su personalidad.

Por otro lado, el criterio de la constitucionalización del derecho de familia y la filiación, es viable ya que concuerda con lo precisado por Landa Arroyo, que indica que desde que hubo una transición a un Estado Constitucional de derecho, se protege mejor los derechos fundamentales de cada persona; y que es casi imposible que exista problema jurídico que no envuelva a la Constitución.

Además, lo referido a garantizar la protección de los derechos fundamentales de los niños, guarda relación con lo que precisa nuestra Corte Suprema en la casación N° 950-2016, que en su fundamento segundo señala:

(...) respecto al derecho a la identidad del menor, se trata de una instrucción jurídica concebida no en favor de los padres sino en interés de los hijos, por qué, a través de él, se cumple con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos, entre ellos se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, (...) El derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus aspectos: el estático y el dinámico(...)" p. 10

De las casaciones analizadas, también es preciso indicar que los criterios a tomar en cuenta, deben ser aplicados desde las instancias inferiores, debido a que ellos son los que están en contacto con las pruebas presentadas por las partes.

Finalmente, en nuestra última hipótesis se indica que se debe proteger el principio de interés superior del niño y paternidad responsable, esta hipótesis es viable por cuanto al ser el interés del niño, una garantía fundamental, se debe velar porque el niño además de crecer y desarrollarse en un ambiente armonioso, también se garantice sus derechos, de tal manera que se vea relacionado con una paternidad responsable, que conlleve no solo a la importancia del cumplimiento de sus obligaciones sino, la voluntad de brindar afectividad a los hijos, teniendo como finalidad comportarse como un verdadero padre.

CONCLUSIONES

1. Se ha logrado determinar en la presente investigación que los criterios jurídicos para la regulación legislativa de la filiación socio afectiva son: la constitucionalización del derecho de familia, garantizar los derechos fundamentales del niño y la aplicación del interés superior del niño y paternidad responsable.
2. Así también, se ha determinado que el proceso de constitucionalización del derecho de familia da un espacio a la paternidad socio afectiva sobre la biológica, en cada caso en concreto; justificándose, no en la norma legal, sino en normas convencionales y la Constitución.
3. Se ha verificado que efectivamente la ausencia normativa de filiación socio afectiva, afecta el derecho a la identidad dinámica, el derecho a vivir en una familia y el derecho al libre desarrollo de la personalidad; ya que no se valora en conjunto las vivencias, experiencias y el deseo del niño de seguir con el padre afectivo.
4. Con la finalidad de regular criterios para la filiación socio afectiva resulta de gran importancia el principio del interés superior del niño y la paternidad responsable, pues con ellos se toma en cuenta el bienestar de los menores y la plena protección de sus derechos.
5. Se puede verificar que la jurisprudencia y la doctrina, como fuentes de derecho ayudan a ampliar los conceptos de filiación socio afectiva, para poder entender mejor esta figura.

RECOMENDACIONES

Se recomienda a la comunidad jurídica investigar acerca de las posibles vulneraciones de otros derechos fundamentales, que estén relacionados a las instituciones jurídicas del derecho de familia. Así mismo, investigar la posibilidad de regular una vía procedimental específica para los procesos que versan sobre la filiación; además, de que se investigue los requisitos que se necesitan para que se verifique la filiación socio afectiva.

REFERENCIAS

- Alvites Alvites E. (2018). La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso. *Revista de derecho PUCP*. 80, 361-390.
- Agurto Gonzáles, C. y Díaz Díaz, M. (2020). El derecho a la identidad personal frente al Decreto Supremo N.º 057-2020-PCM. Análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Peruano. *En La Ley - El Ángulo Legal de la Noticia*. Recuperado de: <https://laley.pe/art/9521/el-derecho-a-la-identidad-personal-frente-al-decreto-supremo-n-057-2020-pcm-analisis-a-partir-de-la-jurisprudencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-y-del-tribunal-constitucionalperuano#:~:text=En%20efecto%2C%20la%20Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica, en%20todo%20cuanto%20le%20favorece%20%9D>
- Berenice Días, María (2007). Manual de Direito das Famílias [Manual de derecho de familia] (H. Morales, Trad.; 4ª ed.). San Pablo, RT.
- Belmiro Pedro W. (2003). Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva [Igualdad entre afiliaciones biológicas y socioafectivas], San Pablo, RT
- Bermúdez Tapia, M. (2005). Artículo 6. Paternidad responsable, derechos y deberes de padres e hijos. Igualdad de los hijos, en la Constitución comentada, Análisis artículo por artículo (t. 1): 537-558. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Bermúdez Tapia, M. (2011). Redefiniendo el derecho de familia en la tutela del vínculo familiar en la jurisprudencia peruana. *Revista de derechos fundamentales*, 5, 43-62.

Bernal Pullido, C. (2006). *Normatividad y argumentación jurídica. Argumentación jurídica. Proporcionalidad y ponderación*. (t.1, pp 293-307). México. Centro de estudio Carbonell.

Carbonell Sánchez y Sánchez Gil (2011). ¿Qué es la constitucionalización del derecho? *Quid Iuris*, 15, 33-55. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5074209>

Cas N° 3797-2012-Arequipa

Cas N° 950-2016-Arequipa

Chaves de Farias, Cristiano (1997) *Lições de Direito de Família e das Sucessões* [Lecciones en Derecho de Familia y Sucesión]. Belo Horizonte, Del Rey.

Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. (2013). El derecho del niño y niña a la familia. Recuperado de:

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9526.pdf>

Cornejo Aguilera, P. (2010). Estatuto filiativo y principios constitucionales. *Derecho y humanidades*, 2, 43-61.

Cornejo Chávez, H. (1998). *Derecho de familia peruano*. (t. 2). Gaceta Jurídica.

Cubides Cárdenas, A. (2012). La relación del fenómeno de la constitucionalización del derecho con el derecho procesal constitucional. *Justicia Juris*, 8, 22-29. Recuperado de:
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YVbd8KUg7P8J:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4195870.pdf+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=pe>

Cunha Pereira, Rodrigo Da. (2008). Familias Ensambladas y Parentalidad Socioafectiva.

Espejo Yaksic, N. (2020). La constitucionalización del derecho familiar. *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas Comparadas*. (1-48).

Expediente. N° 02132-2008-PA/TC.

Fernández Revoredo, M. (2013). *Una presentación crítica del estado actual del sistema de filiación peruano*. Fondo Editorial PUCP.

Fernández Sessarego, C. (1997). Daño a la identidad personal. *Themis*, 36, 245-273. Recuperado de
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11743/12311>

Fernández Sessarego, C. (2016) El Derecho y la Libertad como proyecto. *Revista Ius et veritas*. 52, 114 -133. Recuperado a partir de
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16375>.

Henríquez Franco, H. (2006). *Derecho constitucional* (t.1). Jurídica.

- Krasnow, A. (2005). Filiación. *Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. La Ley, Buenos Aires.
- Landa Arroyo, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Revista de la facultad de derecho PUCP*, 71, 13-35. Recuperado de:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8895/9300>
- Lobo Paulo (2007). "Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental" ["Socioafectividad en derecho de familia: la trayectoria persistente de un concepto fundamental"], *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, 05, 5-22.
- Lobo Paulo. (2015). Socioafetividade: o estado da arte no direito de família brasileiro. [Socioafectividad: el estado del arte en el derecho de familia brasileño]. *RJLB*, 1, 1743-1759. Recuperado de:
http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1743_1759.pdf
- López Daniela & Sabrina Silva. (2015). *Estática y Dinámica: idas y vueltas en busca de un abordaje omnicompreensivo de la identidad*. Recuperado de:
https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Lopez-silva_ESTATICA.pdf
- Manrique Urteaga, S. (2018). Constitucionalización de la filiación: de la paternidad biológica a la paternidad socio afectiva. *Revista Questio Iuris*, 6, 29-41.
- Miranda Canales, M. (2016). *Constitucionalización del derecho civil a través de la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano*. Recuperado de:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/57dae10042efe6d98727b7d4921>

5945d/3.+Constitucionalizaci%C3%B3n+del+Derecho+Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=57dae10042efe6d98727b7d49215945d

- Moscol Borrero, M. A. (2016). *Derecho a la identidad: ¿una excepción al principio de la cosa juzgada?: Consideraciones a propósito de la sentencia del tribunal constitucional recaída en el exp. 00550-2008-PA/TC*. (Tes. Para obtener el título de abogado) Universidad de Piura.
- Placido Vilcachagua, A. (2001). *Manuel derecho de Familia: Novedoso método de estudio Funcional del derecho de familia*. Gaceta Jurídica.
- Ramírez Huaroto, B. (2018). *Derecho de familia y procesos constitucionales: apuntes teóricos y análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia*. *Pensamiento Constitucional*, 23, 119-155. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/20950/20642>
- Robles Trejo L, Julca Guerrero F., Robles Blacido E & Flores Leiva v. (2015). *La constitucionalización de ordenamiento jurídico peruano a la luz de la teoría de Ricardo*. *Aporte Santiaguino*, 8, 287-300. Recuperado de: http://revistas.unasam.edu.pe/index.php/Aporte_Santiaguino/article/download/233/621/.
- Schmidt, C. & Veloso, P. (2001). *La filiación en el nuevo derecho de familia*. Jurídica Cono Sur Ltda. Chile.
- Vargas Morales R.P. (2011). *El derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est. Alcances, límites y necesidad de cambio en el código civil de 1984*. (Tes. Para optar el grado académico de

Magíster en derecho) Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.

Recuperado de:

http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2907/T033_31658236_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Varsi Rospigliosi E. (2010). *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*. (2da ed.). Juristas editores.

Varsi Rospigliosi E. &Chaves, M. (2010). Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto. *Actualidad jurídica*, 200, 57-64.

Varsi Rospigliosi, E. (2013). Tratado de Derecho de Familia. (t. 4). Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, E. (2017). Determinación de la procreación asistida. *Instituto de ciencias Jurídicas de Puebla*, 39, 1-32. Recuperado de:
https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/3523/Varsi_Rospigliosi_Enrique.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=En%20los%20supuestos%20de%20fecundaci%C3%B3n,paternidad%20o%20maternidad%20del%20nacido.

Villalobos Badilla K. J. (2012). *El derecho humano al libre desarrollo de su personalidad*. (Tes. Para obtener el título de abogado) Universidad de Costa Rica. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31089.pdf>

Zannoni, E. (1989). *Derecho de familia*. 2ª edición, T. II., Astrea, Buenos Aires.