



Universidad Nacional  
**Federico Villarreal**

Vicerrectorado de  
**INVESTIGACION**

**ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO**

**“VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN  
LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE  
MUJER CASADA”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:  
MAESTRA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**AUTORA:  
HUAMANI HUAMANI MARIELA**

**ASESOR:  
DR: GUARDIA HUAMANI EFRAIN JAIME**

**JURADO:  
DR. ARAMAYO CORDERO URIEL ALFONSO  
DR. QUEVEDO PEREYRA GASTON JORGE  
DR. VIGIL FARIAS JOSE**

**LIMA- PERU**

**2020**

**DEDICATORIA:**

Ofrendo esta investigación a Dios  
Como un sencillo homenaje  
Por su infinita  
Misericordia.

A mi adorada madre quien desde  
El cielo se regocijaría por esta  
nueva meta que logre cumplir.

A mi padre por su apoyo.  
A mis amados hijos  
por ser mi mayor aliciente en mi vida  
y por su comprensión.

**HUAMANI HUAMANI MARIELA**

**AGRADECIMIENTO:**

Mi gratitud a los eximios jurados

Designados para evaluar

Mi investigación:

**DR. ARAMAYO CORDERO URIEL ALFONSO**

**DR. QUEVEDO PEREYRA GASTON JORGE**

**DR. VIGIL FARIAS JOSE**

A mi asesor

**DR. GUARDIA HUAMANI EFRAIN JAIME**

Por valiosa contribución

**HUAMANI HUAMANI MARIELA**

# “VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA”

## ÍNDICE

Dedicatoria	0I
Agradecimiento	II
Índice	III
Resumen	VII
Abstract	VIII
<b>I. INTRODUCCION</b>	01
1.1. Planteamiento del problema	01
1.2. Descripción del problema	02
1.3. Formulación del problema	05
Problema general	05
Problemas específicos	05
1.4. Antecedentes	05
1.5. Justificación de la investigación	08
1.6. Limitaciones de la investigación	08
1.7. Objetivos	09
Objetivo general	09
Objetivos específicos	09
1.8. Hipótesis	09
Hipótesis General	09
Hipótesis Específicas	09

<b>II. MARCO TEORICO</b>	11
2.1. Marco conceptual	11
2.1.1. Interés superior del niño	11
2.1.1.1. Génesis	11
2.1.1.2. Instrumentos internacionales	12
2.1.1.3. Corte Internacional de Justicia	23
2.1.1.4. Instrumentos continentales	24
2.1.1.5. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos	28
2.1.2. Interés superior del Niño en la legislación peruana	32
2.1.2.1. Constitución Política	32
2.1.2.2. Adopción de la CND	35
2.1.2.2.1. En el Código de los Niños y Adolescentes	39
2.1.2.2.2. Ley treinta mil cuatrocientos sesenta y seis	41
2.1.3. La filiación	45
2.1.3.1. Notas preliminares	45
2.1.3.2. Noción	46
2.1.3.3. Máximas de la filiación	48
2.1.4. Filiación Matrimonial	55
2.1.4.1. Concepto	56
2.1.4.2. Presunción <i>pater est</i>	57
2.1.4.2.1. El plazo legal	59
2.1.4.3. Presunción reafirmatoria de paternidad	60
2.1.4.4. Contestación de la paternidad matrimonial	61

2.1.4.5.	Acción de filiación	65
2.1.4.6.	Impugnabilidad de la filiación matrimonial	65
2.1.5.	Filiación extramatrimonial	65
2.1.5.1.	Declaración judicial de la filiación	66
2.1.5.1.1.	Eventos en los que procede	69
2.1.5.2.	Investigación de paternidad	70
2.1.5.2.1.	Noción	70
2.1.5.2.2.	Restricciones	71
2.1.5.2.3.	La prueba de ADN	72
2.1.5.3.	Reconocimiento de paternidad	73
2.1.6.	Conceptos relacionados con la investigación	73
<b>III. METODO</b>		
3.1.	Tipo de investigación	75
3.2.	Población y muestra	75
3.3.	Operacionalización de variables	77
3.4.	Instrumentos	78
3.5.	Procedimientos	79
3.6.	Análisis de datos	79
<b>IV. RESULTADOS</b>		
4.1.	Contrastación de la hipótesis	80
4.2.	De la encuesta	86

<b>V.</b>	<b>DISCUSIÓN DE RESULTADOS</b>	
5.1.	De la contrastación estadística	100
5.2.	De los resultados encuesta	101
<b>VI.</b>	<b>Conclusiones</b>	<b>105</b>
<b>VII.</b>	<b>Recomendaciones</b>	<b>107</b>
<b>VIII.</b>	<b>Referencias</b>	<b>108</b>
<b>IX.</b>	<b>ANEXOS</b>	
	Anexo No. 1: Matriz de consistencia	119
	Anexo No. 2: Instrumento: Encuesta	120
	Anexo No. 3: Validación del instrumento por experto.	124
	Anexo No. 4: Confiabilidad del instrumento establecida por experto.	125

## **RESUMEN:**

Esta indagación se realizó con el objetivo de mencionar los motivos por los cuales la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada vulnera el interés superior del niño, se realizó de tipo descriptivo, aplicativo, correlacional y de diseño no experimental, la muestra se conformó por 52 colaboradores operadores de justicia del Distrito de Lima Centro, destacándose como resultados que el 90% de éstos admitió estar de acuerdo con el hecho de que al no poderse iniciar el proceso de filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada con fundamento en el resultado de la prueba de ADN se vulnera el interés superior del niño a no permitírsele establecer su identidad y, el mismo porcentaje admitió estar de acuerdo con que por el hecho de que la impugnación o contestación de la paternidad legal y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada deba ser resuelta a través de un proceso de conocimiento vulnera el interés superior del niño dado que este tipo de procesos suele prolongarse por varios años.

**Palabras claves:** Vulneración del Interés Superior del Niño, Filiación extramatrimonial, hijo de mujer casada.

**HUAMANI HUAMANI MARIELA**

## **ABSTRACT**

This inquiry was made with the objective of mentioning the reasons why the extramarital affiliation of the child of a married woman violates the best interests of the child, was carried out of a descriptive, applicative, correlational and non-experimental design type, the sample was made up of 52 collaborating justice operators of the District of Lima Center, highlighting as results that 90% of these admitted to agreeing with the fact that the process of extramarital filiation of the son of married woman based on the result of the test cannot be initiated DNA violates the best interest of the child to not be allowed to establish his identity and, the same percentage admitted to agree that due to the fact that the challenge or response of legal paternity and extramarital affiliation of the son of a married woman must be resolved through a knowledge process violates the best interests of the child since this type of processes usually last for several years.

**Keywords:** Vulnerability of the Superior Interest of the Child, Extramarital filiation, son of a married woman.

**HUAMANI HUAMANI MARIELA**

## **I. INTRODUCCIÓN**

El estudio titulado “**VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA**” se ha orientado a mencionar, a partir del análisis doctrinal, legal y jurisprudencial de la institución de la filiación en especial de la filiación del hijo de una mujer con vínculo matrimonial vigente que pretende ser reconocido por un hombre que no es su cónyuge; los motivos que producen la vulneración del interés superior dado que éste principio permite que el menor conozca su verdadero origen biológico y a partir de él su filiación y el Derecho a su Identidad.

Esta investigación se presenta en nueve capítulos: el primero, en el que se esboza, detalla y expresa el problema a examinar y sus antecedentes, se proponen los objetivos y se presentan las hipótesis elaboradas por la investigadora. En el segundo se expone el marco teórico y conceptual que sustenta el estudio. En el tercero: aborda el método diseñado por la investigadora para la realización de su investigación. En el cuarto se exponen los resultados alcanzados, los cuales se discuten en el capítulo quinto. En el sexto se exponen las conclusiones extraídas por la investigadora. En el séptimo se proponen las recomendaciones que pueden adaptarse para subsanar el problema investigado. En el octavo se enlistan las referencias de las fuentes informativas que se consultaron en la investigación y finalmente, en el noveno corresponde a los anexos que sustentaron el trabajo.

### **1.1. Planteamiento del problema**

En esta investigación se abordó la problemática relacionada con vulneración el Interés Superior del Niño, debido a la prohibición legal existente para que el hijo el hijo de una mujer con vínculo matrimonial vigente sea reconocido extramatrimonialmente por su padre biológico, aun cuando cuente con el resultado arrojado por la prueba de ADN, sin que previamente el hombre que por aplicación de la presunción *pater es*, establecida como mecanismo legal para probar la paternidad matrimonial, formalmente es considerado como padre de la criatura previamente no hubiere iniciado un juicio en el que hubiera impugnado esta paternidad y hubiera obtenido una sentencia favorable a sus pretensiones; dado que se constituye en un mecanismo que no resulta

idóneo para que el niño a través de medidas judiciales rápidas, oportunas y prevalentes ante cualquier otra posición, tal como lo preceptúa el interés superior del niño, pueda conocer la identidad de su padre biológico y de esta forma establecer su verdadera filiación e identidad y de esta manera exigir el cumplimiento de la obligación alimentaria en su favor.

## **1.2. Descripción del problema**

La Convención sobre los Derechos del Niño –CDN– (ONU. 1989) a probada con calidad de Tratado de Derechos Humanos, se erigió como la Primera Ley Universal sobre los derechos de los menores, (vocablo empleado en esta investigación y que comprende a los niños, niñas y adolescentes), de índole obligatoria o vinculante para todos los Estados

La CDN reconoce que: los menores tienen derechos provenientes de la dignidad que como seres humanos poseen y correlativamente, los Estados se hallan obligados a adoptar las disposiciones que se requieran para garantizar la eficacia en el ejercicio de los Derechos promulgados en ella e favor de los menores.

De esta forma, la Convención concibió al menor como un sujeto de derecho, proclamando en consecuencia que que los menores tenían derecho al nombre, a la nacionalidad, a saber, quiénes son sus padres y a ser cuidado por ellos, a la identidad, a las relaciones de familia, a expresarse y a ser oído, a la salud, a la educación, entre otros.

Sin embargo, este no es el único mérito de este instrumento internacional, a la par de los derechos, consagró el interés superior del niño sin conceptualizarlo de forma explícita pero, indicado que se trata de un principio o máxima que debe ser observada por todas las instituciones gubernamentales o las privadas, que de una u otra menara se ven involucradas en la adopción de decisiones relacionadas con los menores, anteponiendo a cualquier otra consideración este interés a través del cual además, se logra la realización de sus derechos.

De esta forma, los niños adquieren un nuevo estatus jurídico, es decir, por decirlo de alguna manera, legalmente empiezan a ser considerados, pues por el hecho de pertenecer a la raza

humana les asisten derechos cuya defensa y ejercicio debe ser garantizado por el Estado en su legislación interna.

En este entorno el Perú, ratificó la CDN a través de Resolución Legislativa veinte cinco mil doscientos setenta y ocho de mil novecientos noventa, motivo por el cual muestra legislación interna debida ser modificada de manera que resultara acorde con los lineamientos de ella. Fue así como se procedió a instalar comisiones para de expertos para que presentaran proyectos de modificación al Código de Menores de mil novecientos sesenta y dos.

Esta labor culminó al ser aprobó el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337) vigente desde el veintiocho de junio de mil novecientos noventa y tres, este estatuto recoge los lineamientos del interés superior del niño en el artículo noveno del título preliminar de la manera como fue presentado por la CND lo cual implicó, el cambio del tratamiento legal del menor.

En efecto, hasta que entró en vigencia esta nueva norma, nuestra legislación de menores se encontraba orientada por los postulados de la situación irregular del menor, conforme a la cual el Estado intervenía únicamente en los casos en que se tuviera evidencia relacionada con una situación de riesgo por las que estuvieran a travesando o pudieran afrontar los niños, con el propósito de protegerlos a través de medidas que implicaban la limitación de su derecho a la libertad, circunstancia que en la práctica implicaba el desconocimiento de todos sus derechos.

Esta orientación, sin duda alguna lesiva para los menores, fue sustituida por la doctrina de la protección integral, contenida en el CDN, conforme con la cual el Estado debe diseñar medidas para salvaguardar el menor en todas las etapas de su desarrollo biológico, ante todas las instituciones públicas o privadas y bajo la máxima de que las medidas que se tomen deben estar orientadas por el principio de que la privación de su libertad es la más excepcional.

Dentro de este marco legal, priorizando el interés superior del menor, se debían cumplir todas las actuaciones estatales y privadas en las que se tuvieran que tomar decisiones respecto de los menores pues de esta manera se podría garantizar la efectividad de sus derechos.

Sin embargo, esto no ocurría en el ámbito judicial los jueces lo aplicaban, como principio orientador de sus decisiones materializado esencialmente al tener en cuenta la opinión que ellos podían manifestar ante él pero, en ocasiones sin hacerlo prevalecer sobre las disposiciones del Código Civil que si lugar a dudas resultan relegadas por la trascendencia que este principio posee respecto a los derechos del menor.

Una de estas situaciones, la cual es objeto de análisis en este estudio, corresponde a la imposibilidad de iniciar un proceso de filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada, sin que previamente su cónyuge hubiera adelantado un juicio de impugnación o contestación de su paternidad matrimonial o legal y tuviere sentencia favorable a su pretensión tal a pesar de que se cuente con una prueba científica que establezca el vínculo biológico ADN, como lo prevé el artículo cuatrocientos dos del C.C.

Es decir, pese a que un hombre tuviera la certeza de ser el padre del hijo de una mujer que formalmente aparecía como casada, no podía accionar solicitando la declaración de judicial de su paternidad sustentada en el resultado de una prueba de ADN simplemente por disposición de la Ley, circunstancia que vulnera el interés superior del menor pues, éste no podía obtener de parte del órganos jurisdiccional una medida oportuna y eficaz para establecer su verdadera filiación y simultáneamente, su identidad, y para poder exigir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que tiene derecho, entre otros.

A lo anterior se suma, también en perjuicio de su interés superior que esta situación pese a que el padre legal decida impugnar su paternidad legal, no puede resolverse de manera rápida y ágil pues, se deben seguir dos procesos los cuales se debe ritualizar por el trámite de un proceso común, lo que en la práctica demanda años para su resolución.

Este escenario legal debe ser modificado pues, existen múltiples casos en los que hijos de mujeres que habiendo contraído matrimonio a corta edad, luego de unos pocos años, debido principalmente en las agresiones físicas que recibían de sus cónyuges, pese a haber procreado hijos en su matrimonio, deciden separarse de hecho y después de un tiempo conocen a otro hombre y deciden iniciar una relación de convivencia dentro de la cual también procrean hijos, quienes a pesar de tener un padre biológico identificado , por aplicación de la presunción *pater*

*est.*, legalmente tienen como padre al cónyuge de su madre y si éste no inicia el proceso de impugnación de su paternidad no pueden realmente establecer su relación paterno filial de la cual se derivan derechos y deberes para él y para su progenitor.

### **1.3. Formulación del problema**

#### **Problema general**

¿Porque motivos la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada vulnera el interés superior del niño?

#### **Problemas específicos**

- 1) ¿Porque causa la obligación de impugnar la paternidad legal del hijo matrimonial vulnera el interés superior del niño en la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada?
- 2) ¿Porque motivo la imposibilidad de declarar judicialmente la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada con fundamento en el resultado de una prueba de ADN vulnera el interés superior del niño?

### **1.4. Antecedentes**

En este estudio se orientó a examinar las causas por las cuales se vulnera el interés superior del niño en la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada, de manera que se planteen alternativas de solución.

Para ubicar los estudios que por haber examinado la misma problemática y aportar algún tipo de dato, pueden ser considerados como sus antecedentes se indago en las diversas fuentes de información, pero, no se obtuvieron resultados. Si bien, se localizaron algunos trabajos sobre el particular por el nivel básico de investigación empelado, pues se facturaron para optar el título de abogado; no pueden ser enlistados como precedentes.

Sin embargo, esta contrariedad se supera refiriendo los antecedentes de cada una de las variables del estudio, es decir, el interés superior del niño y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada.

En relación al interés superior del niño:

#### Nacionales

La investigación titulada El interés superior del niño en el proceso de tenencia. La investigadora planteo como una de sus conclusiones que El empleo del interés superior del niño en el proceso de tenencia por disposición del artículo cuarto de la Norma Fundamental del Estado, es imperativo pues debe dirigirse a establecer cuál de los progenitores brinda las circunstancias más óptimas para la atención y desenvolvimiento corporal, psíquico y emocional del niño. (Morales, 2017)

La indagación titulada: La tenencia del niño y su principio de interés superior. En la que se infirió que: El interés superior del niño es la imagen de los derechos de los niños, constituyéndose en una seguridad, una pauta y guía para la elaboración de estrategias oficiales para los menores. (Sandoval y Saravia, 2018)

El estudio llamado: La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano (Sokolich, 2013) Su contribución con este estudio compete a las personas que administran justicia de todos los niveles interiorizar las consecuencias del interés superior del menor y ponderarlo en la motivación de las resoluciones relacionados con los niños.

#### Internacionales

La investigación titulada: Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva. (Simón, 2013) Del cual se extrae como contribución a la investigación, la conclusión de acuerdo con la cual este interés, ocupa un sitio preeminente en la normatividad, jurisprudencia y ciencia del derecho moderna vinculada al derecho de familia y de los derechos de los menores. Es inadmisibles rehuir sus análisis en asuntos vinculados a ellos y sus familiares, sin embargo, son existe acuerdo a cerca de su contenido, trascendencia y la manera como se emplea en una situación específica.

La indagación intitulada “Proyecto de Código de Procedimientos Familiares para el Estado de San Luis Potosí, Enfocado a la Protección del Bien Superior de Niñas, Niños y Adolescentes como Garantía de sus Derechos Humanos” (Hernández, 2014), tal como se colige de su cuarta conclusión, su aporte consiste en afirmar que: En la realidad los derechos de los menores no son respetados en los procedimientos legales pues, se da preferencia a las solicitudes de los progenitores sobre las necesidades de los niños, por lo cual resulta vital la implementación de normas que les permitan, atendiendo a su edad, manifestarse ante el magistrado trasmitiéndoles sus necesidades y lo que desea del proceso.

La investigación in titulada: La delimitación del Interés Superior del Niño en una media de carácter institucional, (Santamaría, 2017) en la que de acuerdo a lo señalado en la conclusión número cinco se coligió que: El contexto legal para la defensa del menor se debe direccionar a amparar las decisiones que preserven al menor en la familia en la fue alumbrado. Lo más conveniente es que el menor se desarrolle bajo el cuidado de sus padres, en el caso de que no sea realizable la normatividad está en la obligación de proporcionar alternativas que feliciten el cuidado del menor por parte de personas comprometidas, reservándose la defensa oficial para situaciones en las que no haya persona que puede tenerlo bajo su cuidado y por ello requiera permanecer en una institución pública.

El estudio llamado: La custodia compartida y el principio constitucional del interés superior del niño (Zamora, 2017) en la que de su primera conclusión se deduce para la investigadora el interés superior del niño contemplado en los tratados y convenios internacionales y en la legislación interna debe concretarse a través de la aceptación y observancia al total ejercicio de los derechos de los menores, lo cual benéfica su realización emocional y psicológico, también acepta que el menor es titular de derechos y debe emplearse en todo caso en su favor.

Respeto a la variable filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada luego de efectuar una búsqueda exhaustiva en las fuentes de investigación, las bibliotecas de las facultades de Derecho de las principales Universidades de la ciudad y en sus repositorios se constató que existen múltiples de investigaciones en las que se examina, pero elaboradas a nivel de pregrado, razón

por la cual desde el ámbito de la metodología no pueden ser tomados como antecedentes de esta investigación.

## **1.5. Justificación de la investigación**

### **Justificación metodológica**

Desde de la perspectiva del procedimiento se soporta esta investigación, en la circunstancia de examinar la problemática que se suscita en la vulneración del interés superior del niño en la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada, siguiendo los parámetros del tipo de investigación empleado por la tesista.

### **Justificación teórica**

Desde el enfoque teórico esta investigación se justifica porque, identifica situaciones que vulneran el interés superior del niño en la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada y sugiere opciones para la subsanarlas.

### **Justificación práctica**

Se espera que este estudio contribuya a superar los aspectos que en la filiación extramatrimonial del hijo de mujer cesada vulneran el interés superior del niño, de manera que resulta más sencillo y rápido que el hijo conozca su origen biológico y de esta forma pueda contar sin su identidad y de ser necesario exigir los derechos que la Ley le reconoce.

## **1.6. Limitaciones de la investigación**

Dentro de los inconvenientes que resultaron trascendentales dentro para esta investigación se encuentran: el excesivo recelo con que los funcionarios judiciales conducen los procesos en los que se ven involucrados menores, así como, la falta de tiempo de la investigadora pues debí atender mis obligaciones labores y las de madre.

## **1.7. Objetivos**

### **Objetivo general**

Mencionar motivos por los cuales la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada vulnera el interés superior del niño

### **Objetivos específicos**

1. Indicar por que causa la obligación de impugnar la paternidad legal del hijo matrimonial vulnera el interés superior del niño en la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada
2. Explicar porque motivo la imposibilidad de declarar judicialmente la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada con fundamento en el resultado de una prueba de ADN vulnera el interés superior del niño

## **1.8. Hipótesis**

### **Hipótesis Principal**

La filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada vulnera el interés superior del niño debido a que la ley prohíbe declararla judicialmente si previamente el padre legal no ha obtenido sentencia judicial emitida en juicio de impugnación de la paternidad y porque no se puede declarar con fundamento en el resultado de la prueba de ADN.

### **Hipótesis secundarias**

- 1) La obligación de impugnar la paternidad legal del hijo matrimonial vulnera el interés superior del niño porque implica la realización previa de un proceso de conocimiento que puede prolongarse por varios años.
- 2) . La imposibilidad de declarar judicialmente la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada con fundamento en el resultado de una prueba de ADN vulnera el

interés superior del niño porque debido a un excesivo formalismo de la legislación civil, desconoce el origen biológico del menor establecido científicamente.

## II. MARCO TEORICO

### 2.1. Marco Conceptual

**Acción de impugnación de paternidad:** facultad que tiene el padre legal de un menor, nacido en el matrimonio para que se declare que él no es el padre, también denominada contestación de la paternidad.

**Derecho a la Identidad:** corresponde a uno de los derechos fundamentales del individuo, abarca un cúmulo atributos personales y exclusivos que definen al individuo como un ser real y admitido al interior de un grupo social.

**Derecho a la verdad biológica:** permite conocer el origen biológico y a partir de él establecer la filiación.

**Derecho de alimentos:** capacidad que posee el alimentista para exigir al deudor alimentario lo que requiere para sobrevivir.

**Interés superior del menor:** vocablo que se emplea en este estudio como sinónimo del interés superior del niño.

**Mujer casada:** fémina que ha contraído matrimonio válidamente.

**Padre biológico:** Es el hombre que engendra al hijo quien posee sus genes.

**Padre legal:** hombre al que la Ley le atribuye la calidad de progenitor de un menor.

**Patria potestad:** derechos y deberes que la Ley reconoce e impone a los progenitores respecto de sus hijos

**Vulneración:** desconocimiento o trasgresión de una norma, ley o principio.

## **2.1.1. Interés superior del niño**

### **2.1.1.1. Génesis**

El denominado interés superior del niño se hace extensivo a la niña y adolescente y se fue fraguado en los instrumentos y convenios internacionales proferidos por la ONU y la OEA, los pronunciamientos de la judicatura y la doctrina, es así como se ha establecido de acuerdo a lo manifestado por Hierro, (2007) que fue solo a partir de la Convención ONU sobre los Derechos del Niño que éstos adquirieron un nuevo estatus en el ordenamiento jurídico.

En la antigüedad, los derechos de los infantes estaban totalmente desprotegidos, tal como se evidenciaba en la legislación romana en la que la institución de la patria potestad otorgaba autoridad absoluta del padre sobre los hijos al punto tal que: i) podía optar por aceptar o no al hijo, ii) mandaba sobre su vida y su porvenir, tal como acota Petit (1999:119).

Históricamente esta coyuntura se fue trasformando en pos del reconocimiento de las garantías para los niños. Es así como en el Derecho inglés y en el francés se empieza a aceptar que los niños poseen intereses legalmente amparados distintos a los de sus progenitores, de manera que, para superar el derecho consuetudinario, en el que el menor se contemplaba como un artefacto para ser utilizado por sus progenitores, se pasa a hacer uso del Derecho de equidad.

Según manifiesta Cillero (1999:52), producto de la modificación verificada, surge una nueva etapa en la que el Estado empezó a tener un papel activo en relación con los niños, llegan en ocasiones a tomar la tutela de los menores, dictar mandatos para su instrucción a través del el Tribunal de la Cancillería que procedía en representación de la Corona, en este mismo sentido el Código de Napoleón facultaba al Tribunal para modificar la custodia de los hijos en el divorcio en búsqueda de su bienestar.

Esta tendencia en EEUU se concrete en la doctrina de los años tiernos, implementada al decidir la custodia en favor de la madre con fundamento en el mejor interés del niño en caso *Commonwealth vs. Addicks* (1813).

En el Derecho británico al reformarse la Ley de Custodia de Menores se implementa la teoría de los años tiernos del en el *common law* estadounidense, con fundamento en la cual se presumía que la custodia del menor de siete años debía ser asignada a la madre en atención al mejor interés de cualquier niño, posteriormente la edad se aumentó a dieciseis años.

Este postulado se fue consolidando, hasta posibilitar que el Estado ejerciendo su autoridad *parens patriae* (padre de la patria) separando sede la reglamentación, asignase la custodia del hijo a cualquiera de los progenitores exclusivamente en consideración a su bienestar, en el mismo sentido, en litigios de custodia de menores entre padres biológicos y extraños, se les otorgara a éstos, etc.

En los albores del siglo veinte, este postulado se había sistematizado en la norma de la “preferencia materna” conforme a la cual con sustento en el mejor interés del niño, se asignaba su custodia a la madre pues se consideraba que ella era la más indicada para atenderlo en su niñez, se transforma de forma tal que los jueces toman decisiones analizando en concreto cada situación en la que evalúa el interés del niño frente a de los padres.

#### **2.1.1.2. Instrumentos internacionales**

Los organismos internacionales han abordado el interés superior del niño en

##### **A. Declaración de Ginebra. (ONU, 1924)**

Esta declaración fue realizada al terminar la Primera Guerra Mundial, mil novecientos veinticuatro, y fue aprobada por Sociedad de Naciones, predecesora de la Organización de las Naciones Unidas.

Este es instrumento es considerado el primer esfuerzo por internacionalizar el principio de la protección de los niños, al mencionarse:

Reconociéndose en su preámbulo que la humanidad está obligada a proporcionar al niño lo mejor de ella.

En su primer considerando indica que al niño se le debe proporcionar medios indispensables para su desarrollo común, físico y psíquico y en su artículo tercero prescribe que en una situación de desgracia el niño debe recibir ayuda prioritariamente

## **B. Declaración de los Derechos del Niño (ONU, 1959)**

Esta declaración aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reglamente el interés superior del niño como mecanismo para promover su defensa a nivel mundial, en este sentido indica:

En el Preámbulo que los infantes precisan del amparo apropiado, el cual se hace extensivo al ámbito jurídico, en momentos previos y posteriores a que vengan al mundo, por causa de su carencia de madurez biológica y psíquica. (ONU, 1959)

Si bien, esta declaración contiene diez principios que sugiere deben ser tenidos en cuenta por todos los involucrados en la defensa de los derechos, se hará referencia únicamente a aquellos en los que se alude concretamente al interés superior del niño.

Es así como, el principio dos precisa que: el interés superior del niño debe ser observado al momento de legislar pues este es el medio para garantizar que el desarrollo biológico, psíquico, ético e intelectual se efectúe de manera provechosa y habitual. (ONU, 1959)

También se menciona el interés del infante, párrafo tercero del séptimo principio, de acuerdo con el cual este principio debe ser el que guie a quienes poseen la obligación de instruir y orientar a los niños, la cual se demanda en primera instancia de sus progenitores. (ONU, 1959)

**C. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ONU., 1979)**

Esta Convención, registra el interés superior del niño al abordar las medidas que deben implementar los Estados para evitar la discriminación femenina en materias relacionadas con la familia y el matrimonio y particularmente para garantizar su igualdad con los hombres.

Dentro de este contexto, indico que, respecto a los hijos, los padres poseen iguales derechos y deberes, sin consideración a su estado civil y en estos asuntos se debe apreciar esencialmente el interés de ellos. (ONU., 1979, art. 16, Lt. d)

**D. Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional (ONU.1986)**

Este documento, reguló el citado interés de la niñez en la adopción y la colocación en hogares de guarda tanto en la legislación interna de los Estados como en la universal. Partiendo de precisar que, en estos procedimientos los intereses de los menores merecen consideración preponderante. (ONU.1986, preámbulo)

Así mismo se preceptuó que en los eventos de adopciones realizadas fuera del Estado de los posibles padres, por agentes suyos se establecerán medidas para salvaguardar los intereses legales y sociales de los menores. (ONU.1986, art. 2.1)

También preciso en los asuntos concernientes a la atención de los menores por individuos diferentes a sus progenitores, sus intereses, concretamente los referidos a la necesidad de obtener cariño, así como su derecho a la protección y asistencia permanente deben ser considerados primordialmente, tal como se colige de lo señalado en su artículo 5 (ONU.1986)

A quienes brinden atención a los menores, les impuso el deber de conocer las carencias y antecedentes del menor adoptivo o colocado en el hogar excepto cuando esto contravenga sus intereses (ONU.1986, art.9)

Termina este instrumento indicando, que, si la nacionalidad del menor difiere de la de los próximos padres adoptivos, se examinarán las correspondientes legislaciones teniendo en cuenta su instrucción, su cultura, el credo que profese y sus intereses. (ONU.1986, art.24)

### **E. Convención sobre los Derechos del Niño –CDN- (ONU, 1989)**

Este documento ha sido considerado como “Carta magna de la infancia y la adolescencia” Salado, A. (2010:74) y que contiene el máximo desarrollo de los derechos de los niños.

Se considera, que su génesis está en la propuesta efectuada por representación de Polonia ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en mil novecientos setenta y ocho para que se promulgara en el año subsiguiente denominado por ese organismo como “Año Internacional del Niño”.

Esta propuesta fue estudiada por un grupo de trabajo conformado por de la ONU con el propósito de crear una Convención sobre Derechos de la Niñez. En año setenta y nueve, el mismo Estado presenta una nueva propuesta fundamentada en Declaración de los Derechos del menor de forma tal que se reglamentara en el sentido establecido en este instrumento, la cual se aprobó unánimemente en mil novecientos ochenta y nueve.

La particularidad de esta Convención es que, si es vinculante para los Estados sobre los Derechos de los niños, estableciendo que el interés superior del niño debe ser observado por los Estados parte en su sistema jurídico interno como máxima orientadora de las cuestiones que perjudiquen a los menores, así como su principal aporte, pues a partir de ella se considera a los menores como sujetos de derecho.

Las disposiciones contenidas en este instrumento internacional, no han sido estáticas, por el contrario, los Derechos de los menores se han ido perfeccionando ampliando su espectro de aplicación a través de los protocolos facultativos así:

➤ **Primero:**

En él se aborda lo relacionado al comercio de infantes, su prostitución y su empleo en la pornografía, regula lo relacionado a la investigación y castigo de los autores de estos hechos delictuales, por ello se considera de coadyuva al interés superior del niño pues se propone castigar a quienes atentan contra su indemnidad sexual.

➤ **Segundo:**

Se refiere a la intervención de los infantes en luchas armadas proscribe la incorporación obligatoria de menores de dieciocho años, pero, acepta la incorporación voluntaria a partir de los quince años a condición de que, ningún menor de edad intervenga en los ataques.

➤ **Tercero:**

Establece el método de comunicaciones al Comité de los Derechos del Niño, referidas a la vulneración de los derechos reconocidos a los menores por la CDN o los protocolos adicionales.

El comité está facultado para requerir que el Estado implemente mecanismos para impedir perjuicios irremediables a los perjudicados con el desconocimiento de sus derechos, previo a emitir concepto sobre la situación informada.

**Aportes:**

**1. Mutación teórica en el tratamiento del menor**

Esta Convención trajo consigo, tal como se extrae de lo manifestado por Garrido, R. (2013), un cambio en el modelo de tratamiento de los menores vigentes hasta ese momento, consiguió el establecimiento de un nuevo modelo en las disposiciones dictadas por el Estado y determinaciones de las cuestiones vinculadas con los niños -expresión en la que se incluyen las niñas y adolescentes- pues, ya no se estructuran sobre la base del precepto de la situación irregular sino, que adopta una función de concesión y asignación, defensa de

impulso de sus derechos. En la práctica, este cambio se concreta en excluir la teoría de la situación irregular del menor por la de la protección integral la cual subsiste actualmente.

Ahondado en la teoría de la situación irregular del niño, se establece que esta se invoca cuando se está en presencia de un acontecimiento que revela su ausencia de cuidado, su maltrato, su participación en actos ilegales, etc.

Esta teoría no procura garantizar que los menores como individuos, disfruten de sus derechos pues la intromisión para la salvaguarda de sus derechos se produce en el momento en que se encuentran en riesgo, interviniente con el propósito de corregir la circunstancia inusual por la que se encuentran atravesando los niños a quienes se les busca proteger y moderar su comportamiento por medio de instrumentos jurídicos y administrativos instaurados por la Ley, los cuales son empleados para equilibrar las flaquezas del régimen social y familia, tal como se extrae de lo señalado por Cillero (2001:52)

Conforme se extrae de lo sostenido por Simón, F. (2008) los postulados de esta teoría, la autoridad en cualquiera de sus ámbitos: judicial, legislativa o administrativa se reduce a proporcionar atención especial al menor, lo cual deriva en que el Estado adopte las disposiciones requeridas para efectivizarla sin limitación alguna.

En la praxis se manifiesta como si el derecho más trascendental de los menores, consiste en la eventualidad de que el Estado se inmiscuya en su vida y familia, sin observar las más mínimas garantías, sustituyendo a los padres sobre la base de una hipótesis de asistencia y bienestar del menor y no para asegurar el ejercicio de sus derechos tal como se deduce de lo expuesto por Simón (2008)

Para fraseando a Cillero (2010) se tiene que un sector de la academia, ha estimado que el interés superior del menor en esta teoría deviene en una noción autoritaria pues, otorga al magistrado la facultad de adoptar disposiciones con fundamento en él pero sin ningún tipo de limitación legal, de manera que la labor que cumple este interés es la de inspirar la conciencia del magistrado para que dicte la medida apropiada pues no tiene otras normas puntuales y definidas.

El cambio en manera de tratar a los menores se dio por cuanto, conforme expone Cillero, (1997) la teoría de la situación irregular, limitaba la intervención estatal en defensa de los derechos de los menores a los casos en los que se presentara una situación que lo perjudique, se tuvo la necesidad de cambiarla, incorporado una nueva teoría con un nuevo enfoque y sentido correspondiente a “protección integral” la cual modifica el punto de vista del vínculo del Estado y los adultos con los niños.

Dentro de esta teoría, el menor ya no es solo un beneficiario de la ayuda social, sino que se le tiene como sujeto de derecho frente al Estado y la comunidad, un individuo que posee el derecho a protegido completamente en su desarrollo, respecto del cual imperan deberes puntuales y explícitos.

Y es precisamente, esa percepción de los niños como sujeto de derecho el aporte más trascendental de esta teoría en el campo de sus derechos, pues a partir de ella ya no se consideran como objetos tal como alude Weinberg (2002), ese nuevo status de los niños implica que ellos como individuos particulares son titulares de sus propios derechos, aquellos que le han sido reconocidos por su condición de personas humanas tal como indica Cillero (2001)

Acorde con estos nuevos postulados, a los menores se les deben respetar sus derechos, los cuales son autónomos respecto a los de sus progenitores o de quienes por ley deben representarlos, dentro de este contexto pues el Estado debe activar estrategias en las áreas financiera, social, pedagógica y legal para hacer efectivos sus derechos verbi gratia en materia procesal, que no apliquen medidas en contra de los menores infractores sino que se debe propender por garantizar sus derechos, tal como se deduce de los señalado por Cillero (2001) los menores que se vea implicados en las realización de conductas ilegales, no debe ser sometido a ningún tipo de medida sancionatoria sino que, se debe disponer su retorno a su familia, con sus padres y por ejemplo que acuda a un tratamiento psicológico para que pueda fortalecer las áreas que necesita, etc.

La teoría de la protección integral de los menores implementada en la CDN, se ve contenida en cuatro de los postulados de este instrumento que devienen en deberes que

deben ser cumplidos por el Estado y que conforme a los manifestado por la UNICEF (2009) estriban en:

- ❖ La prohibición de discriminar o universalidad, contenido en su artículo segundo. Conforme la cual el conjunto de derechos contenidos en su texto debe ser reconocidos a todos los menores sin ninguna exclusión, de forma universal, así como la defensa de los menores que han sido objeto de exclusión o trato diferente.
- ❖ La atención al interés superior de los menores, contenido en su artículo tercero, implica que este debe ser observado dentro de las motivaciones de las acciones oficiales o particulares, cumplidas a través de las políticas del Estado o a nivel judicial y que se encuentren vinculadas con los menores.
- ❖ El derecho a la vida, a la subsistencia y desarrollo, contenido en su artículo sexto. Este precepto está vinculado con la posibilidad de adquirir un status de vida apropiado que le posibilite el acceso a los otros derechos.
- ❖ La observancia de la opinión de los menores, contenido en su artículo doce, se refiere a que la opinión del menor debe ser valorada en todo procedimiento que le concierna. Este principio está consagrado explícitamente en el artículo doce de la CDN el cual además prevé la libertad de expresión, de pensamiento, de culto y de acceso a la información

Definitivamente la doctrina de la protección integral ha constituido un gran aporte en el desarrollo y protección de los derechos del niño, conforme a la cual los Estados, entre los que se incluye Perú, implementan políticas para ser aplicadas en todos los ámbitos en que se desarrolla el niño, término que dentro de nuestra legislación comprende a los niños, niñas y adolescentes, con el fin de hacer efectivos sus derechos, es así como a nivel de la educación por ejemplo prevé la educación básica gratuita para garantizar su derecho a la educación, a nivel de salud estableció la atención pública gratuita en sus primeros años de

vida, a nivel legal por ejemplo, estableció la obligación de escucharlo en los procesos en los que sea objeto etc.

## **2. Contenido Interés Superior del Niño**

Si bien la CDN es el instrumento más trascendente en materia de defensa de los derechos de los menores, no proporciona una definición de lo que debe entenderse por interés superior del niño simplemente lo erige como una de las máximas que debe orientar la acción de las instituciones del Estado y las particulares al adoptar determinaciones concernientes a los menores

Atendiendo a lo mencionado, un sector de la academia ha considerado que esa carencia se ha constituido en un factor que fomenta la arbitrariedad al tomar determinaciones concernientes a los niños, debido a que no existen derroteros que deban seguirse para tal efecto de manera que éstas pueden ser producto de la interpretación personal de quien debe tomarlas.

Esta opinión es compartida por Cillero (2010) de la cual se colige que, universalmente se considera que el interés superior del niño es una norma ambigua, imprecisa expuesta a infinidad de elucidaciones, bien en el terreno legal como en el psicosocial, que se podría erigir en un pretexto para adoptar determinaciones por fuera de los derechos asignados a los menores debido a lo vago de la interpretación extra legal que se le dé a esta directriz. Esta circunstancia también ha llevado a que éste no sea comprendido homogéneamente, lo cual viene a afectar la seguridad jurídica.

Esta consideración ha sido objeto de censura pues, a pesar de que la falta de una noción concreta de la máxima del interés superior del niño, ha ocasionado que no exista una comprensión similar de parte de los encargados de decidir situaciones en las que se encuentran vinculados niños, ha originado aplicaciones arbitrarias, la propia máxima no es por esencia ambigua e imprecisa como se ha expuesto, es cierto que no existe una noción realizada por la ciencia jurídica, estos no evidencian que no posea contenido sino que debe ser entendido de forma funcional y adaptándolo a la situación concreta.

Para impedir este inconveniente, se ha planteado la idea de establecer una noción que conduzca al empleo generalizado de esta máxima con fundamento en que, el interés superior del niño radicaría en que los derechos que han sido regulados en la convención en favor de los menores deben ser satisfechos de manera íntegra, tal como se deduce de lo señalado por Garrido (2013) con esta iniciativa se impide que se emplee con criterios subjetivos del encargado de adoptar la determinación conveniente.

El Comité de los Derechos del Niño (CRC) ha entendido la problemática que se ha generado en torno al concepto del interés superior del niño y sostiene que esta máxima puede ser considerada en tres sentidos:

**1. Como derecho sustantivo:**

Entendido como Como derecho sustantivo el interés superior del niño significa que. los menores tienen en derecho a que su interés superior sea estimado prioritariamente, que se aprecie y se observe al ponderar los diferentes intereses al momento adoptar la decisión que lo involucre y a la vez, otorga la seguridad de que ese derecho debe ser observado en todas estas ocasiones.

**2. Como precepto jurídico interpretativo esencial**

El interés superior del niño como precepto jurídico interpretativo esencial, implica que en los eventos en que las normas legales poseen varias interpretaciones, se debe optar por aquella que complazca ese interés, el contexto para realizar la interpretación está comprendido en CDN y sus protocolos facultativos.

**3. Como una norma de procedimiento**

El interés superior del niño como una norma de procedimiento indica que cuando se deban adoptar determinaciones que atañen a menores en el proceso para ser adoptadas deberá tenerse en cuenta las potenciales consecuencias de la

determinación en el mero o menores. La fijación y apreciación del interés superior del niño necesita de garantías procedimentales.

Estas tres manifestaciones del interés superior del niño, deben ser observadas para superar el subjetivismo que se ha presentado en su aplicación.

#### **F. Declaración y Programa de Acción de Viena**

En este documento se menciona el interés superior del niño en el mismo nivel que la no discriminación y su opinión. En este contexto señala: que la no discriminación el interés superior de los menores deben ser considerados esencialmente en todas las acciones que incumban a la niñez, valorando también el concepto de los afectados.

#### **G. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad**

Este documento se ocupa del interés superior del niño con discapacidad, advierte al igual que la CDN que debe ser valorado primordialmente, en las acciones se tomen en relación con los menores con alguna forma de discapacidad (ONU, 2006, art. 7, inc. 2)

Este criterio es reiterado al establecer las obligaciones que los Estados partes deben asumir para garantizar la efectividad de este principio en los diferentes ámbitos de la vida de las personas discapacitadas, en especial los menores, en este sentido se señala que uno de sus deberes consiste en asegurar los derechos y deberes de los individuos con discapacidad en los relacionado con la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de los menores o mecanismos semejantes, al momento de ser reglamentados en sus sistemas jurídicos internos, en toda situación se propenderá por brindar especial protección al el interés superior del niño. (ONU, 2006, art. 23.2).

En el mismo sentido se dispuso los Estados signatarios deben garantizar que los menores no apartados de sus progenitores contra su voluntad, excepto en los casos en que las autoridades debidamente facultades, atendiendo a lo establecido en un análisis del poder judicial, establezca de acuerdo con observancia en la legislación que ese apartamiento es

indispensable en el interés superior del menor. No se puede apartar a un menor de sus progenitores a causa de la discapacidad que pueda sufrir alguno de ellos o el propio menor (ONU, 2006, art. 23.4).

### **2.1.1.3. Corte Internacional de Justicia –HCCH-**

La Corte Internacional de Justicia constituye el primordial órgano judicial de la ONU, se le conoce como la “Corte de la Haya” debido a que desde el año de mil novecientos cuarenta y cinco se sede es la ciudad de la Haya (países bajos), a partir del mil novecientos cuarenta y seis se erigió como la Corte Permanente de Justicia Internacional.

En esta condición la Corte de la Haya se ha pronunciado a cerca del interés superior del niño abordando diversos aspectos, dictando convenios sobre:

- ❖ Competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores.

Desde el año de mil novecientos sesenta y uno, su artículo cuarto se señala que: si las autoridades del Estado del que es oriundo el menor piensan que el interés de éste lo requiere, pueden practicar de acuerdo con las normas jurídicas nacionales, previa comunicación a las autoridades del país en el que vive, disposiciones para salvaguardar la persona o patrimonio del menor

- ❖ Aspectos civiles de la sustracción internacional

Este Convenio data del veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta y señala que: el interés superior del menor tiene especial significación en los asuntos concernientes a su custodia.

- ❖ Protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

Este Convenio se acordó en el año de mil novecientos noventa y tres (veinte nueve de mayo) consignando en su preámbulo, párrafo cuarto que los Estados firmantes Persuadidos de la necesidad instaurar disposiciones que aseguren que

las adopciones internacionales se realicen con fundamento en el interés superior del menor y la observancia de sus derechos.

- ❖ Jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación con respecto a la responsabilidad paterna y medidas para la protección de menores.

Este Convenio logrado el diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y seis, establece que interés superior del menor tiene especial significación en estos asuntos, principio que se contiene también en los artículos 8.1, 8.4, 9.1, 10.1.b, 22, 23.2.d, 28 y 33.2

#### **2.1.1.4. Instrumentos continentales**

##### **A. Continente Africano**

Esta Carta es la primera norma a nivel regional sobre los derechos de los menores, posee carácter imperativo para los treinta y cinco países que conforman la Organización para la Unidad Africana desde el mes de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

Este instrumento regula el principio de interés superior del niño al indicar que en las actuaciones relacionadas con los menores, promovidas por algún individuo o autoridad, el interés superior del menor debe ser estimado de forma primordial, así como en los artículos 9, 19, 20, 24 y 25 (OUA, 1990)

##### **B. Continente Americano**

###### **Convención Interamericana de Derechos Humanos.**

Menciona el interés superior del menor al indicar que a la disolución del vínculo matrimonial se tomarán las resoluciones que garanticen la defensa adecuada de los hijos, exclusivamente con fundamento en el interés y su beneficio (OEA, 1969, art. 17, inc.4)

### **Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores**

Alude al interés superior de los menores al indicar que la nulidad de la adopción se dictaminará protegiendo los intereses del niño (OEA, 1987, art. 14)

### **Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores**

Prescribe que: dentro de los propósitos de este instrumento es el de salvaguardar los derechos fundamentales y el interés superior del niño (OEA, 1994, art. 1)

También establece que los Estados signatarios protegerán el interés superior del niño, tratando que los procesos realizados dentro del marco de la convención se mantengan reservados. (OEA, 1994, art. 6)

Las diversas acciones legales que se puedan instaurar no evitan que el Estado signatario en el cual permanezca el niño disponga en cualquier tiempo su restitución al país donde tenía su residencia permanente con fundamento en su interés superior (OEA, 1994, art.11)  
Entre otros artículos.

### **C. Continente Europeo**

Dentro de los instrumentos que salvaguardan el interés superior de los menores se encuentran:

#### **Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia.**

Este convenio acepta la importancia que el interés superior del niño tiene para la implementación de providencias vinculadas a su custodia (Consejo de Europa, 1980 preámbulo)

## **Carta Europea de los derechos del niño**

En esta se estipula que: toda determinación familiar, administrativa o de los magistrados relacionada con los menores, deberá tener como principal propósito la protección y conservación de sus intereses. Para tal fin, a condición de que no sea peligroso o dañino para el menor, debe ser escuchado si su desarrollo y edad lo habiliten, en todas las determinaciones que le incumban. (Parlamento Europeo 1992, núm. 15)

## **Convención Europea sobre el ejercicio de los Derechos del Niño**

Inicia aceptando que se deben impulsar los derechos los derechos e intereses de los menores y para tal efecto ellos deben poder ejercer sus derechos, principalmente en los procedimientos de familia que les incumban. Y además que: a los menores debería entregársele la información adecuada para incoar sus derechos e intereses superiores y escuchar su opinión. (Consejo de Europa, 1996, preámbulo)

Al establecer el propósito del Convenio se indica que es el de fomentar, en beneficio del interés superior de los menores, sus derechos, otorgarles derechos procedimentales, haciendo viable su accionar, etc. (Consejo de Europa, 1996, art. 1.2)

Obliga a los magistrados que conocen de asuntos que involucran a menores a: analizar se poseen la información necesaria para decidir en su interés superior (Consejo de Europa, 1996, art. 6, lit a)

Finalmente regula las obligaciones de la persona que debe representar a los menores en un procedimiento judicial que los involucre, las cuales deben ser cumplidas excepto que se afecta su interés superior (Consejo de Europa, 1996, art.10)

## **Convenio Europeo sobre adopciones**

Este instrumento fue examinado el veintisiete de noviembre del año dos mil ocho y confirmo que el interés superior del niño prima con respecto a cualquiera otra reflexión. (Consejo de 1967, preámbulo, arts. 14 y19)

Como complemento de lo anterior se han aprobado instrumentos en los que se establece como un deber para el Estados ofrecer a los menor salvaguarda, asistencia y protección especial, circunstancia, que simultáneamente, origina derechos en favor de la niñez.

Dentro de este grupo se pueden enlistar algunos tales como:

### **Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948)**

Esta declaración se realizado luego de la Segunda Guerra Mundial. En este instrumento no se menciona de manera expresa el interés superior del niño, pero de lo preceptuado en el inciso dos del artículo veinticinco se colige que:

- Los niños tienen derecho a que se les brinde atención y apoyo adecuado.
- Los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, posee el mismo de derecho protección social. (ONU,1948, art. 25, inc.2)

### **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**

Esta declaración fue aprobada en la IX conferencia Internacional realizada en Bogotá en el año de 1948, es el primer instrumento continental que plantea la exigencia de otorgar a los niños (as) y adolescentes de una adecuada protección.

El artículo séptimo contiene el derecho que tienen los niños a que se les proporcione amparo, asistencia y asistencia especiales. (OEA, 1948)

### **Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos**

Señala que los países que ha suscrito el pacto adoptaran normas necesarias para preservar el equilibrio entre los derechos y deberes de los progenitores que hayan contraído nupcias durante el tiempo que ellas perduren y en la ruptura evento en el cual se aprobaran mecanismo para la defensa de los hijos.

## **Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1979)**

Estable el deber de los países que la conforman de establecer disposiciones para asegurar que la enseñanza en la familia contemple la del conocimiento apropiado de la gestación de un hijo como función social y a la afirmación de las obligaciones compartidas entre los padres en lo que respecta a la instrucción y desarrollo de sus hijos teniendo presente que deben guiarse en la toma de determinación por el interés de éstos (ONU, 1979, art. 5.b)

Este instrumento también contempla el deber para los Estados de implementar normas para: abolir la discriminación contra las féminas y garantizar la igualdad con los hombres, teniendo iguales derechos y deberes como papas y observar la tutela, custodia y adopción de los menores, así como los otros mecanismos relacionados a ellas. (ONU, 1979, art. 16)

### **2.1.1.5. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos –IDH-**

La IDH inicio el análisis del interés superior del niño en el año dos mil doce, en el caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile.

El asunto a resolver se vinculó al compromiso del Estado chileno por tratamiento discriminatorio y la intromisión ilegal en la vida personal y familiar de la señora Karen Atala Riffo a causa de su inclinación sexual –pues tenía la condición de homosexual- en el procedimiento legal que finalizó en quitarle la custodia y cuidado de sus tres hijas menores y otorgársela a su padre.

Esta situación, desde el punto de vista legal se hizo consistir, entre otras causas, en el desconocimiento de los derechos de las menores en cuanto a la garantía que como componente del principio del interés superior del niño, poseen para que sea oída su opinión en los asuntos que los involucren, es por ello que a continuación se refieren los partes en los que la Corte analiza ese aspecto.

La determinación objeto del pronunciamiento de la IDH, fue la emitida por la Corte Suprema de Chile en la que se resolvió:

Otorgar la tenencia de las tres menores hijas de la señora Atala Riffo a su progenitor debido a la inclinación sexual la señora Atala Riffo, su modo de ser, los supuestos perjuicios causados a las menores y la preponderancia que ella daría a sus intereses individuales. (IDH, 2012, considerando 64)

La IDH sostiene que el propósito de preservar el interés superior del menor, es –en si misma- una finalidad lícita e imperativa, evoca que este es un postulado regulador de los derechos de los menores, se instituye en la dignidad de la persona, en las particularidades de los menores y en la necesidad de favorecer su bienestar, con completo disfrute de sus capacidades para afirmar la preponderancia del interés superior se necesita de atenciones especiales y disposiciones adecuadas de protección (IDH, 2012, considerando 108)

Adentrándose en el asunto, precisa la IDH que el interés superior del menor en cuestiones relativas al cuidado y custodia de menores de edad debe realizarse con fundamento en: i) la concreción de los perjuicios o peligros reales y demostrados no supuestos o inexistentes, por lo que no resultan aceptables las elucubraciones, presunciones, modelos o juicios propagados a cerca de las cualidades propias de los progenitores o predilecciones culturales con relaciona nociones consuetudinarias. (IDH, 2012, considerando 108)

(ii) El interés superior del menor, constituye una finalidad lícita e imperativa, pero, la sola alusión a él sin demostrar los riegos o perjuicios que podría implicar cierta situación no puede tenerse como fundamento para la limitación de un derecho amparado. (IDH, 2012, considerando 108 y 110)

iii) los perjuicios invocados deben ser precisos, concretos y respaldados en demostraciones científicas, en opiniones de peritos y técnicos. (IDH, 2012, considerando 131)

iv) se destaca la trascendencia de la intervención del menor en el establecimiento de su interés superior (IDH, 2012, considerando 199) para lo cual debe brindarse la ocasión de que manifieste su parecer y que esta sea evaluada de conformidad con edad y desarrollo.

v) se debe evidenciar una correspondencia sensata de proporcionalidad entre la determinación adoptada, en el caso concreto, retiro de la custodia y, el propósito deseado, salvaguarda del interés superior del menor, específicamente cuando la determinación suponga la limitación del derecho o derechos de los padres (IDH, 2012, considerando 131 y 166)

De acuerdo a las particularidades de la situación en estudio, específicamente respecto de ítem indicado al abordar este pronunciamiento jurisprudencial, la Corte preciso:

Que los menores son poseedores de los derechos reconocido en la Convención Americana (OEA, 1969) los cuales son salvaguardadas a través de las medidas previstas en ella, la cuales se aplican dependiendo de las particularidades de cada situación. De la misma manera, el artículo ocho punto uno del mismo instrumento contiene el derecho a ser escuchado que poseen todos los individuos, comprendidos los menores, en los procedimientos en los que se establezcan sus derechos, derecho que debe ser analizado de acuerdo a lo preceptuado por el artículo doce de la CDN, el cual incluye provisiones apropiadas sobre este derecho, con el propósito de que la participación del menor se acople a sus exigencias y no derive en menoscabo de su interés legítimo. (IDH, 2012, considerando 196)

Concretamente la Observación General número doce de dos mil nueve emitida por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU destacó el vínculo entre el interés superior de los menores y el derecho a ser oído al sostener que no resulta viable una adecuada utilización de este interés si no se observan los componentes del artículo doce. De la misma manera el artículo tercero robustece la operatividad del doce al simplificar el rol de los menores en las resoluciones vinculadas con su existencia. (IDH, 2012, considerando 197)

La consideración más importante de la Corte preceptuó:

Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) “no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”<sup>220</sup>; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”<sup>221</sup>; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”<sup>222</sup>; v) “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”<sup>223</sup>, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente” (IDH, 2012, considerando 198)

A partir de lo expuesto, la Corte considero que la Corte Suprema de Justicia no valora las manifestaciones y preferencias manifestadas las menores en la entrevista que se les efectuaron. Motivo por el cual considero responsable a Chile por infringir este derecho de las menores.

## **2.1.2. Interés superior del Niño en la legislación peruana**

### **2.1.2.1. Constitución Política**

Al respecto ha advertido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia que el precepto constitucional de defensa del interés superior del menor, conforma contenido constitucional tácito del artículo cuarto de la Constitución Política al instituir que la colectividad y el Estado amparan especialmente al niño y adolescente, el cual es certificado por la CDN, instrumento debidamente ratificado por el Estado.

De acuerdo a lo preceptuado por el artículo cincuenta y cinco de la Carta Fundamental peruana, los pactos efectuados por el Estado que estén vigentes constituyen una parte de la legislación interna, en concordancia con la cuarta Disposición Final y Transitoria que señala que las reglas concernientes a los derechos y libertades que la Norma Fundamental admite se comprenden de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948) y con los instrumentos universales que traten idénticos asuntos ratificados por el Estado, se colige que la CDN obligatorios dentro del sistema legal nacional, ellos en aplicación del control de convencionalidad que nos rige (Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. N.º 04058-2012-PA/TC, fd.16)

Respeto al significado constitucional del interés superior de los menores, el intérprete y defensor de la Constitución ha indicado en varios pronunciamientos: la obligación de observancia preferente en los procedimientos judiciales, tal como lo expuso en la sentencia del Expediente N.º 03744-2007-PHC/TC, mencionada en el fundamento diecisiete de la Sentencia Exp. N.º 04058-2012-PA/TC que se analiza, conforme a la cual:

Resulta imperioso establecer que, con arreglo a lo preceptuado en la Norma Fundamental, en los procedimientos judiciales en los que corresponda constatar la vulneración de los derechos esenciales de los niños o menores de edad, los juzgados deben proporcionar una atención preferente y especial.

De hecho, uno de los contenidos salvaguardados en la Norma Fundamental, el artículo cuarto, preceptúa entre otros aspectos, que la colectividad y el Estado resguardan primordialmente a al niño, al adolescente; lo que equivale a considerar la salvaguarda del interés superior del menor como uno de los deberes insoslayable de la sociedad y esencialmente del Estado.

Este contenido ha sido desarrollado en el Código de los Niños y Adolescentes, al indicar en su artículo noveno que en cualquier disposición referente a los menores que acuerde el Estado a traves de cualquiera de sus poderes o del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales o Locales y las otras entidades, así como en las actuaciones de la comunidad se observará el principio Superior del Niño y del Adolescentes, así como la observancia a sus derechos.

La cautela que debe proporcional los despachos judiciales, como se colige de la Constitución Política, artículo cuatro, debe ser sui generis en razón a que los menores no se hacen parte en el litigio, a contrario sensu, ellos son una parte con rasgos propios y específicos con relación a las demás, por lo cual más que resolver la situación debe proponerse un minucioso tratamiento y observancia de sus derechos mientras se desarrolle el procedimiento. Igualmente, esta vigilancia debe ser preferente debido a que el interés superior de los menores tiene preeminencia en el accionar del Estado en relación con las disposiciones judiciales en las que no están involucrados sus derechos fundamentales. (Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. N.º 04058-2012-PA/TC, fd.17)

Profundizando, en lo planteado a través de la sentencia proferida en el Expediente N.º 06165-2005- HC/TC el TC recordó que:

La protección constante que con este precepto se admite posee un fundamento justo, en lo que se ha distinguido como interés superior del niño y del adolescente, disciplina que se ha aceptado en la esfera legal como elemento del bloque de constitucionalidad del artículo cuarto, por medio del artículo noveno del título preliminar del Estatuto de los Niños y Adolescentes y en ámbito universal, gracias al precepto segundo de la Declaración de los

Derechos del Niño y al artículo tercero, inciso uno de la CDN. (Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. N.º 04058-2012-PA/TC, fd.18)

Con fundamento en el artículo sexto del Código Procesal Constitucional, el TC ha instaurado como doctrina jurisprudencial vinculante que se refieren a continuación:

De lo manifestado en precedencia, se tiene que el precepto constitucional de defensa del interés superior del menor, supone que sus derechos fundamentales y finalmente su dignidad resultan obligatorios no solamente desde instante en que se crea el precepto sino también en el instante en que es analizada, erigiéndose en una regla de obligatoria ejecución para el Estado, la comunidad y la familia, comprendidos cada uno de los progenitores o quien este encargado de proteger sus derechos fundamentales. (Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. N.º 04058-2012-PA/TC, fd.19)

Dentro de este ámbito, corresponde recalcar que el principio superior del menor abarca, entre otros aspectos, una acción de protección a cargo de los involucrados en la administración de justicia, a los que incumbe la adaptación y flexibilización de los preceptos y el análisis que respecto de éstas se efectúe, con el propósito de alcanzar la aplicación más benévola en la decisión de conflicto, teniendo particular trascendencia esta máxima por cuanto se trata de menores que merecen una concreta atención y preferencia de sus intereses dentro del Estado. (Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. N.º 04058-2012-PA/TC, fd.25)

Nuestra Norma Fundamental, en su artículo cuarto que la colectividad y el Estado salvaguardan primordialmente al niño, al adolescente. La protección constante que con este precepto se admite posee un fundamento justo, en lo que se ha distinguido como interés superior del niño y del adolescente, disciplina que se ha aceptado en la esfera legal como elemento del bloque de constitucionalidad del artículo cuarto, por medio del artículo noveno del título preliminar del Estatuto de los Niños y Adolescentes, estableciéndose que en cualquier determinación relacionada con ellos que tome el Estado a través de sus poderes o de la Fiscalía entre otros se estimara como preeminente el interés superior de los

menores y la observancia de sus derechos (Tribunal Constitucional, Sentencia Exp. N.º 04058-2012-PA/TC, fd.26)

### **2.1.2.2. Adopción de la CDN**

En la época en que suscribió la CDN, mil novecientos ochenta y nueve, en nuestro país regía la Carta Magna de mil novecientos setenta y nueve, la cual preceptuaba que los tratados universales celebrados por el Estado hacen parte del nuestro derecho interno y que en caso de que se produzca un enfrentamiento con un precepto legal éste prime y en cuanto a los instrumentos que regulan Derechos Humanos, lo hacen con categoría constitucional lo cual implica que su modificación solo es posible a través del trámite establecido para modificar la Carta Magna.

La superioridad de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos obedece, de acuerdo a lo indicado por Beristain, et al (2007) a que la Norma fundamental del setenta y nueve, no reglamente este aspecto únicamente, sino que su enfoque humanista se reflejó al enunciar la “primacía de la persona humana” apelando a diferentes métodos, tales como insertando cláusulas declarativas, admitiendo la teoría de los derechos implícitos, etc.

Pero, el tratamiento constitucional de los tratados se modificó al derogarse la Carta del setenta y nueve y proclamarse la Constitución de mil novecientos noventa y tres. Esta nueva normativa suprime la preeminencia que tenían los tratados internacionales en la anterior Norma Fundamental en efecto, la nueva Carta Magna atribuye rango de Ley a cualquier tipo de tratado lo cual implica que contra ellos se pueda promover la acción de inconstitucionalidad (Constitución Política del Perú, art. 200)

En concordancia con lo expuesto, como indica Valencia (2009) se tiene que en la época en que Perú suscribió la CDN, veintiséis de mayo de mil novecientos noventa, con el compromiso de ratificarla lo cual ocurrió siete meses después, el cuatro de agosto de mil novecientos noventa por medio de la R.L. veinte cinco mil doscientos setenta y ocho, esta convención fue incorporada al sistema jurídico como una norma constitucional.

De esta manera, al haberse ratificado la CDN, la teoría de la protección integral de los menores, implementada en este instrumento internacional; fue incorporada en nuestro sistema legal como un precepto con categoría constitucional. Pero, para la aplicación de este nuevo criterio legal para el tratamiento de los menores resulto necesario derogar el Código de Menores en vigor desde mil novecientos sesenta y dos, pues éste se encontraba estructurado con fundamento en la teoría de la situación irregular del menor.

Este estatuto de los menores, en concepto de algunos juristas instauro el denominado Derecho de menores, especialidad jurídica inexistente en el país hasta su vigencia, estructurado, tal como se ha indicado, sobre la base de la doctrina de la situación irregular por la que estaban atravesando los menores partir de la cual se producía la intervención del Estado.

En este contexto, este estatuto se caracterizó por: ampliar la competencia jurisdiccional a las situaciones en las que los menores necesiten de custodia debido a su comportamiento anormal, a su falta de adaptación o porque se encuentran en medio nocivo, incluyéndolos en situación o bien de abandono o de peligro moral, las cuales por su naturaleza jurídica incumben a los organicismos jurisdiccionales. Ciertamente, si el niño es abandonado necesita ser protegido pues carece de progenitores o representantes legales que defiendan sus derechos; si por el contrario se encuentra en riesgos moral se le debe proteger pero protegiendo sus derechos, tal como se extrae de lo señalado por Tamayo (1989:36)

De esta manera, el propósito e ideología del Código de Menores estaban dirigidos a su protección, pero el obstáculo radicaba en que, las disposiciones que contenida para tal efecto se materializaban limitando el derecho de libertad del menor, de forma tal que el final se vulneraban los derechos de los denominados, en el lenguaje jurídico empleado, “objeto de protección” Valencia (2009)

Es decir, hasta el año de mil novecientos noventa en el Perú en el ámbito de la jurisdicción de menores rigieron los principios de la situación irregular del menor, acorde con la cual el Estado intervenía en defensa del menor que había sido abandonado por sus progenitores o representantes legales, o que, para ejercer sus derechos en el primer caso y

en el segundo para preservarlos con el gran inconveniente pero, para lograrlo se restringía de la libertad a los menores circunstancia que implicaba el desconocimiento de sus derechos.

Debido a la adopción de la CDN esta normativa debía ser modificada a fin de adoptar la ideología de la protección integral del menor. Con este propósito el Congreso de la República facultó al Ejecutivo, Ley veinticinco mil doscientos noventa y seis, para que, a través de un D.L., adoptara un nuevo Estatuto para los menores, esta labor se inició formando un Comité dirigido por un experto y conformada por representantes de del poder judicial, ministerio público entre otros pero, al vencerse el termino otorgado no logro crear un nuevo Código.

En mil novecientos noventa y dos el Minjus, por Resolución quinientos cinco designo una Delegación pluridisciplinaria, conformada por integrantes de entidades oficiales, universidades, colegios de profesionales e instituciones no gubernamentales, para que en un plazo de noventa días diera a conocer un esquema del Estatuto de la niñez en el que se incorporara la CDN y observarse el trabajo elaborado por el Comité de Coordinación del Programa de Cooperación Perú- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

Durante el trabajo la delegación se acató las indicaciones mencionadas, tuvo en cuenta la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, examinaron los proyectos de reforma presentados ante el Congreso por el Ejecutivo y los Códigos de menores vigentes en Brasil, Colombia y Ecuador.

De esta manera, el anteproyecto se publicó en noviembre de mil novecientos noventa y dos, después de efectuarse foros de discusión y de incluirse las opiniones de expertos en la defensa y fomentos de los derechos de la niñez, el Ejecutivo derogo el Código de Menores y aprobó el Código de los Niños y Adolescentes el cual entro en vigor el veintiocho de junio de mil novecientos noventa y tres, tal como se colige de lo informado por Valencia, Yáñez & Capuñay (1997)

Este nuevo Estatuto de los niños y adolescentes, está conformado por Título Preliminar y Cuatro Libros y presenta como particularidades:

### **Instaura la noción de capacidad especial**

Conforme las disposiciones del Derecho Civil, los menores de edad son catalogados como incapaces absoluto, no obstante, la CDN estableció noción de capacidad respecto de los menores diferente, la cual debe ser incorporada al régimen legal interno de los Estados signantes de ella y conlleva a efectuar modificaciones legales sobre el particular.

Es así, como la noción de “capacidad especial” de los menores, fue incorporada en el año dos mil al artículo cuarto del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, conceptualización que vino a modificar el régimen de incapacidades absolutas de los menores al indicar:

Conjuntamente con los derechos característicos de la persona humana, los menores disfrutan de derechos concretos vinculados a su desarrollo. Poseen capacidad especial para la ejecución de las acciones civiles permitidas por el mismo estatuto y por las otras normas.

La capacidad a que se refiere la nueva normativa de los menores, debe ser concebida como la aptitud legal para obtener y ejercer derechos civiles, es decir, ella origina que los menores sean reconocidos como sujeto de derechos en virtud de la cual los menores poseen una capacidad legal exclusiva para defender sus derechos convencionalmente no reconocida a los menores tales como: el derecho de asociación, de opinión, de culto, etc.

### **Modifico la competencia tutelar**

La nueva normativa de menores, modifica la competencia para la realización de las investigaciones tutelares desplazando la competencia de los Juzgados de Familia hacia el MIMP.

## **Deroga el D.L. de Terrorismo Especial**

El denominado D.L. de Terrorismo Especial es el ochocientos noventa y cinco de mil novecientos noventa y ocho, su particularidad estuvo en que consideró como delictual el comportamiento dirigido contra la vida, el cuerpo, la salud, el patrimonio, la libertad individual o la seguridad pública cometido en la modalidad de comunidad criminal empleando armamento bélico y, estableció la capacidad penal en dieciseis años, señalando como sanción abstracta a imponer pena privativa de la libertad de veinticinco a treinta y cinco años.

Al disminuir la edad, este D.L., generaba la posibilidad de sancionar penalmente, privando de la libertad a un menor de edad, circunstancia que trasgrede los postulados de la CDN, por ello el estatuto de los niños y adolescentes vigente preceptúa en su artículo doscientos treinta y cinco que la internación del menor como disposición que ordena la privación de la libertad del menor, impone como recurso final por un término indispensable, el cual no puede ser superior a tres años.

### **2.1.2.2.1. En el Código de los Niños y Adolescentes**

El actual estatuto de la Niñez y Adolescencia de nuestro país, en adelante CNA consagro el interés superior de los menores en el artículo noveno del Título preliminar, indicando que, en las resoluciones referentes a las menores tomadas por el Estado a través de sus poderes, de la Fiscalía, de los Gobiernos Regionales y Locales y las otras entidades, así como en las actividades de la comunidad este interés, así como los derechos del menor deben ser observados.

Entre los preceptos del CNA que prevén este interés se encuentran:

El artículo cuarenta cinco literal b) al indicar que una de las atribuciones de la Defensoría del Niño y del Adolescente es la de participar en el momento en que se hallen en peligro o hayan sido infringidos sus derechos con el porito de hacer que prime el interés superior de los menores

Artículo setenta y ocho a cerca de la restitución de la patria potestad indica que a los progenitores a quienes se ha privado de ella, están facultados para solicitar su restitución en el momento en que desaparece el motivo en que se sustentó. Esta solicitud debe ser evaluada por el Magistrado competente con observancia del Interés superior del menor.

Artículo ochenta y uno en cuanto a la tenencia del menor concreta que en los casos en que los progenitores se separen de hecho, la tenencia de los menores se establece conforme ellos acuerden teniendo en cuenta la opinión del menor y de no ser así o si la decisión de los padres es nociva para el menor, la tenencia será decidida por un Magistrado adoptando las decisiones requeridas para su observancia, teniendo la facultad de ordenar la tenencia compartida, protegiendo durante todo el procedimiento el interés superior del menor.

Artículo ochenta y ocho con relación al régimen de visitas del menor indica, el magistrado de ser posible atendiendo a lo pactado por los progenitores lo señalará ajustado al interés superior del menor estando facultado para modificarlo en defensa de su bienestar

Artículo noventa en relación con la extensión del régimen de visitas establecido por el magistrado dispone que éste se puede ampliar a los parientes dentro consanguíneos hasta el 4º grado y afines hasta el 2º e incluso en favor de terceros cuando el interés del menor los sustente.

Artículo ciento dieciocho al abordar la adopción prescribe que de presentarse situaciones no previstas que impiden dar por concluido el procedimiento de adopción la Oficina de Adopciones dispondrá las resoluciones necesarias acatando el interés superior del menor.

Tal como se parecía el interés superior del niño y adolescente o del menor como se menciona en este trabajo, es funcional en las situaciones mencionadas, pero, el Código no ha especificado los instrumentos para aplicarlo en cada una de ellas.

#### **2.1.2.2.2. Ley treinta mil cuatrocientos sesenta y seis**

Esta norma instauró los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, pues hasta antes del dos mil dieciseis no existía en el sistema jurídico nacional una ley que preciara que es el interés superior del menor, la forma como debe emplearse en determinada situación y de acuerdo que garantías procedimentales.

La aplicación del principio en cuestión, hasta antes de la dación de esta norma, se realizaba siguiendo los parámetros de la Constitución Política del Perú y el Código de los Niños y Adolescentes.

La finalidad de la norma es la de señalar las criterios u garantías para que en los asuntos en los que esté involucrado un niño o adolescente se conceda el reconocimiento de su interés superior (Ley N° 30466, 2016, art.1)

La misma Ley ha puntualizado el interés superior del menor de edad de manera tripartita en el mismo sentido de la observación general del Comité de DN, analizada en párrafos precedentes; como un derecho, un principio y una norma procedimental, que concede al menor el, derecho a que se le contemple de modo fundamental su interés superior en las actuaciones que directa o indirectamente le conciernan, asegurando sus derechos humanos.

La norma establece en su artículo tercero, taxativamente los parámetros que deben ser observados en los procesos judiciales y procedimientos administrativos para hacer efectivo el interés superior del niño en la situación que los origino.

Interpretando la Ley los indicadores que deben ser valorados son:

- ❖ La naturaleza universal, inseparable, reciproco y conexo de los derechos del menor.
- ❖ La aceptación de que de los menores son titulares de derechos

- ❖ La observancia, defensa y ejecución de los derechos regulados en la CDN
- ❖ Las consecuencias a corto, mediano y largo plazo de las disposiciones vinculadas con el menor a lo largo del tiempo (Ley N° 30466, 2016, art.3)

Finalmente, la norma establece las Garantías procesales que deben observarse para hacer efectivo el interés superior del menor.

1. El derecho del menor a manifestar su parecer, con las consecuencias establecidas en la Ley.
2. La fijación de los acontecimientos, con la intervención de expertos para apreciar el interés superior del menor.
3. La estimación del tiempo, dado que el retraso en los procesos y procedimientos perjudica el desarrollo del menor.
4. La intervención de expertos idóneos
5. La representación legal del menor, con la anuencia de los progenitores
6. El argumento legal de la decisión fundamentada esencialmente en el interés del menor
7. Los instrumentos para analizar o reexaminar las medidas referentes a los menores.
8. La estimación del impacto de la medida adoptada en atención a los derechos de los menores.

En caso de que se presenten conflictos entre el interés superior de los menores, individual o colectivamente, se solucionan de manera independiente, examinando solícitamente los intereses de las partes involucradas para arribar a una decisión conveniente. Igual procedimiento se debe seguir en caso de presentarse conflicto de terceros con el interés superior del menor. (Ley N° 30466, 2016, art.4)

El reglamento de esta Ley, dictado en el plazo de sesenta días previsto en la segunda disposición complementaria final se expido a través del Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP norma que tiene por objeto reglamentar los parámetros y garantías procedimentales establecidos para hacer efectivo el interés superior del menor en los procesos y procedimientos en los cuales se encuentre involucrado.

Para tal efecto, la norma parte por precisar los principios que rigen en su aplicación, prosigue precisando la noción de dos términos muy empleados en su articulado y que vale la pena tener presente, en et sentido se debe entender por:

Proceso: Grupo de diligencias o actividades vinculadas entre si tramitadas por las instituciones oficiales o particulares con el propósito del alcanzar un resultado concreto y preestablecido que involucran a los menores

Los procesos no se realizan de manera separada, motivo por el cual, la institución debe contemplar otros que incidan en ellos. (Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, art. 5 a.)

Procedimiento: Es la cadena de gestiones que se deben cumplir de forma progresiva en el ámbito de un proceso instaurado por las instituciones oficiales y particulares para el avance o implementación de una disposición o providencia administrativa, del poder judicial o legal, o cuando se ofrezcan recursos y servicios que perjudiquen o favorezcan directa o indirectamente a los menores (Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, art. 5. b.)

Uno de los aspectos que debe resaltarse, es la manera cómo opera el interés superior del menor en el acceso y administración de justicia.

En primer lugar el menor tiene derecho ser instruido, oído, a manifestar parecer y que sea evaluada por la administración de justicia, sobre el particular se precisó:

- a) Que los menores tienen derecho a ser instruidos de forma comprensible, acerca del proceso, los servicios legales que existen y las probables soluciones temporales o definitivas, con el propósito de expresar su parecer en el ámbito del proceso judicial en que están implicados.

- b) El parecer del menor es libre y puede manifestarse en su propio dialecto o lengua por sí mismo o través de la persona que por ley debe representarlo y en el caso de que la opinión del menor contraríe la de ésta se debe implementar otra forma de representación verbi gratia por curado especial, etc.
- c) Es primordial saber el parecer del menor en los procesos y procedimientos para establecer y estimar la manera como se debe emplear su interés superior (Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, art. 26.1.)

De la misma manera señala el D.S. en comento que: los acontecimientos y la información adecuada para un proceso debe ser proporcionada por profesionales y técnicos instruidos que posean fundamentos para la estimación del interés superior del menor, con el propósito de impedir que se presenten procesos perjudiciales de revictimización o perjuicios psíquicos que perjudiquen el bienestar de los menores comprometidos en los procesos. Los sucesos también pueden ser dilucidados por medio de manifestaciones: de parte o por testigos. La información alcanzada debe ser corroborada y examinada previamente para que pueda emplearse en la consideración del interés superior del menor. (Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, art. 26.2.)

Las autoridades y profesionales implicados poseen el deber de conservar la reserva del proceso y resguardar la identificación del menor en todo instante. En los procesos en los que los menores estén implicados como perjudicados, artífices, cómplices o testigo se prohíbe a los progenitores encontrar vedada la divulgación de su identificación, imagen, así como la de sus progenitores o familiares; o, de cualquier dato que posibilite establecer su identidad a través de los medios de comunicación. (Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, art. 26.6.)

El menor debe ser representado en el proceso o procedimiento, por un jurista y de requerirse por un curador especial. (Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, art. 26.7.)

Durante el examen del interés superior del menor el magistrado posee atribuciones de protección para flexibilizar ciertos postulados y preceptos procedimentales, tales como como; la iniciativa de parte, congruencia, etc. debido a: las particularidades del asunto a

resolver; porque son originados en el vínculo familiar y personal, conforme lo regulado por los artículos cuatro y cuarenta y tres de la Norma Fundamental que acepta la defensa de los menores (Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, art. 26.8.)

En los procesos o procedimientos, en los que se encuentran implicados menores se deben asegurar los mecanismos procesales requeridos para interponer recursos o reexaminar las determinaciones tomadas en el ámbito del proceso. (Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, art. 26.9.)

### **2.1.3. La filiación**

#### **2.1.3.1. Notas preliminares**

De acuerdo a lo establecido en el Código Civil de mil novecientos treinta y seis, en su artículo doscientos noventa y nueve, se consideraba hijo legítimo a aquel que venía al mundo: mientras existía la relación matrimonial o dentro de los trescientos días posteriores a la ruptura y tenía por papa al cónyuge. Y el artículo trescientos cuarenta y ocho del mismo estatuto precisaba que ostentaban la condición de hijos ilegítimos los que venían al mundo fuera de la relación matrimonial.

Esta diferenciación supuso un tratamiento discriminatorio de la filiación de los hijos por causa de los derechos concedidos a los hijos, catalogados según su nacimiento se hubiese producido dentro de la relación matrimonial o fuera de ella, como hijos legítimos o ilegítimos respectivamente. Dentro de este contexto, la filiación dependía de la existencia o inexistencia de matrimonio entre los padres, tal como se extrae de lo señalado por Bautista y Herrero. (2006).

De esta manera, interpretando a Aguilar (2016) la protección jurídica que le brindaba a cada uno de ellos no era la misma, pues sus derechos se subordinaban al hecho de haber nacido durante la vigencia del vínculo matrimonial pues de no ser así los derechos, que esencialmente consistían en el apellido, la legitimación, la patria potestad y la herencia eran limitados.

Sin embargo, ese trato desigual fue suprimido por mandato expreso de la Norma Fundamental de mil novecientos setenta y nueve, al disponer en la parte final del artículo sexto que todos los hijos poseen los mismos derechos y se encuentra proscrita cualquier evocación a cerca del estado civil de los progenitores y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad. Esta modificación subsistente hasta la actualidad trajo con sígo, la implementación de la regla de la igualdad o unidad de la filiación por la cual, se conceden similares derechos y oportunidades a los hijos sin consideración a que su parto se hay producido dentro o por fuera del matrimonio, tal como se colige de lo sostenido por Cornejo (1999)

La codificación en materia Civil actual, reglamenta en la Sección Tercera, títulos primero y segundo la filiación para los hijos nacidos en el matrimonio y fuera de él con las particularidades que se analizaran en su momento.

#### **2.1.3.2. Noción**

La institución de la filiación como muchas otras figuras jurídicas, no ha sido objeto de una conceptualización legal, es por ello que su noción ha sido construida esencialmente por los múltiples criterios doctrinarios.

En relación con el origen del vocablo filiación, se ha establecido de acuerdo a lo informado por Varsi (2013) que procede de la voz latina *filiatio* que quiere decir procedencia u origen, y *filius* que corresponde a hijo.

Pese a la inexistencia de una definición legal, la filiación desde antaño ha sido conceptualizada de manera esencialmente similar.

En opinión de Valverde y Valverde (1926) sostiene que la filiación es concebida como el vínculo de parentesco que se presenta entre la descendencia y sus padres. Desde el punto de vista legal, corresponde a un estado civil del hijo respecto de su papá o mamá, a partir de los cuales surgen como recíprocos la los estados de paternidad o maternidad según se trate

del estado civil del papá en relación con el hijo concebido por él o de la mamá con relación al hijo que ha alumbrado.

De esta manera parafraseando a Prayones, se ha considerado que la filiación, es desde una perspectiva vasta, el vínculo originario de descendencia entre diversos individuos, entre los cuales unas procrean y otras son procreadas, pero desde una perspectiva restringida, debe entenderse el vínculo entre dos individuos entre las cuales una es papa o mamá de la otra. (Prayones citado por Arias, 1952)

En este sentido, se puntualiza de acuerdo a lo expresado por Arias (1952) que la filiación origina un estado civil, vínculos familiares y como resultado, derechos y deberes relacionados a ellos, especialmente en el ámbito de los alimentos y herenciales.

Posteriormente conforme a lo indicado por Zannoni (1998) tenemos que la filiación compendia en cumulo de vínculos legales establecidos por la paternidad o maternidad que relacionan a los progenitores con sus hijos al interior de la familia.

En opinión de Placido (2003) la filiación, expresada extensamente puede ser entendida como la descendencia en línea recta, pero en el ámbito legal su significación es concreta, análoga al vínculo inmediato del papá o la mamá con su hijo”

De acuerdo a lo señalado por Varsi (2013) se puede considerar que la Filiación en su acepción general es lo que vincula a un individuo con sus ascendientes y descendientes y en su acepción precisa, es la que relaciona a los hijos con sus progenitores y determina un vínculo sanguíneo y legal entre ellos.

Previamente se han expuesto ideas esbozadas por doctrinantes acerca de la filiación, pero no de manera mecánica, se hizo a propósito con el fin de demostrar que la filiación es un concepto ahistórico pues tal como se evidencia, desde las primeras décadas del siglo veinte hasta la actualidad, se tiene como elementos estructurales de esta figura, el vínculo que se presenta entre los progenitores y sus hijos, a partir del cual se generan derechos y obligaciones mutuas al ser reconocida jurídicamente.

En efecto, la filiación es esa relación que se presenta entre el padre o madre y su hijo, originada no necesariamente en el hecho biológico de la concepción, sino que también puede ser originado por la Ley en el caso de la adopción por ejemplo; la cual repercute en el ámbito legal pues de ella surgen por ejemplo para el hijo: su derecho al nombre, a percibir alimentos, a heredar, etc. y para el padre entre otras la obligación de proporcionar los alimentos, la patria potestad, etc.

### **2.1.3.3. Máximas de la filiación**

Las máximas o postulados de la filiación, pueden ser comprendidos interpretando a Varsi (2013) como criterios que pueden aplicarse en los casos en los cuales los preceptos legales resulten deficientes para decidir las disputas relacionadas con la filiación y que están orientados hacia la defensa de las personas que conforman el vínculo paterno-filial y asegurar el predominio de los intereses superiores del individuo. Acatando los preceptos legales, los postulados doctrinarios y la opinión jurisprudencial los principios actuales son: la unidad de la filiación, la Protección especial al hijo, la Investigación de la paternidad y, la Protección a la familia.

#### **A. La unidad de la filiación**

Respecto a la máxima de la unidad de la filiación, conforme se infiere de los planteamientos de Méndez (2006) se tiene que ha sido aceptado en el plano universal, en las Constituciones y en el interno en el régimen del Derecho Privado. Su aparición se da como resultado de la socialización de los vínculos legales familiares y se fundamenta en la reverencia que tiene todo individuo, debido a que este principio radica en el tratamiento equitativo y único de las consecuencias legales que se originan en el vínculo paterno-filial, sin consideración de la situación civil de los padres en el momento de concebirlo o del parto.

De la misma manera, la filiación es una noción particular que no permite adjetivaciones ni distinciones en el trato que se les da a los hijos. El principio de unidad de la filiación se

encuentra vinculado con el derecho igualdad y el respeto a la dignidad que goza la persona humana.

En otras palabras, se ha sostenido que este principio se cimienta en la observancia a la dignidad del individuo, por la sola circunstancia de ser humano, sin requerimientos ni normas, es el individuo que conforma la comunidad y sus derechos fundamentales que son resguardados por el Estado del que forma parte. Atendiendo a que los hijos deben ser defendidos por el sistema legal, se ha procurado prescindir de las distinciones jurídicas a cerca de los derechos pertenecientes a los hijos nacidos en el matrimonio y los que nacieron fuera de él, con el objeto de posibilitar que el goce de sus derechos se realice sin ninguna distinción y se les ofrezca un tratamiento legal igualitario. Dentro de este contexto, se tiene que la máxima de la unidad de la filiación admite las consecuencias legales exclusivas del vínculo paterno filiar a cualquier clase de familia, tal como se extrae de lo manifestado por Cea (2008)

En la legislación nacional esta máxima está contenida en el último párrafo del artículo sexto de la Carta Magna al mencionar que: los hijos poseen derechos y obligaciones iguales y que se encuentra proscrita toda alusión a cerca de la condición civil de los progenitores y sobre la clase de filiación en los registros del estado civil, así como en los otros documentos de identificación.

No obstante, el estatuto Civil vigente no registra plenamente este equilibrio entre las filiaciones pues, si bien contiene preceptos que lo coadyuvan verbi gratia como el artículo ochocientos dieciocho al abordar la igualdad de los hijos en los derechos hereditarios de sus progenitores. Esta norma incluye a los hijos nacidos en el matrimonio y que nacieron fuera de él, reconocidos libremente o establecidos por fallo judicial, en relación con la sucesión de o de sus progenitores y los parientes de éstos; y a los hijos adoptados, tal como se establece al interpretar a Vargas (2011)

De otra parte, subsisten preceptos que diferencian las filiaciones en abierto enfrentamiento con esta máxima, tal es el caso del artículo ochocientos veintinueve en el que se regula la

conurrencia de hermanos con los mismos progenitores con medios hermanos, indicando que los primeros obtendrán el doble Vargas (2011)

En este ámbito, la protección de los derechos de que son titulares los hijos en general, sin distinción a que hayan nacido durante la vigencia del matrimonio o fuera de él, tiene origen en el artículo segundo de la norma constitucional en cuanto regula la igualdad y la no discriminación a partir de los cuales se entiende, que no debe haber distinciones ni limitaciones a sus derechos

El derecho a la igualdad y no discriminación posee además reconocimiento universal a través de los instrumentos internacionales, tales como:

### **La Declaración Universal de Derechos Humanos**

En esta proclamación en lo esencial indicó que:

Todas las personas vienen al mundo libre e iguales en dignidad y derechos (ONU. 1948, art.1)

Todo individuo posee los derechos y libertades promulgados en esta declaración sin distinción de ninguna clase (ONU. 1948, art.2)

Todos son iguales en el sistema legal y poseen, sin diferenciación, derecho a la misma defensa de la legislación, la cual se hace extensiva a la discriminación. (ONU. 1948, art.7)

### **Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos**

Cada Estado signatario adquiere el compromiso de respetar y asegurar a todas las personas que habiten su territorio y que estén bajo su autoridad, los derechos otorgados en el Pacto sin ningún tipo de diferenciación (ONU, 1966, art. 2.inc.1.)

Los individuos con iguales en la legislación y poseen el derecho sin discriminación a la misma protección de la ley, la cual a su vez proscribe cualquier forma de discriminación y asegurará a los individuos la misma defensa contra cualquier forma de discriminación (ONU, 1966, art. 26)

## **Convención Americana sobre los Derechos Humanos**

Este pacto prescribe que la legación debe reconocer los mismos derechos a los hijos que vinieron al mundo dentro del vínculo matrimonial y los alumbrados fuera de él. (OEA, 1969, art. 17.5)

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

En ella se indicó que: Los Estados signatarios observarán los derechos implementados en ella y garantizarán su aplicación a cada menor sometido a su autoridad, sin ninguna discriminación (ONU, 1989 art. 2.1)

De la misma forma se establece que los Estados que la conforman deben tomar las disposiciones adecuadas para asegurar que el menor sea resguardado contra cualquier tipo de discriminación (ONU, 1989 art. 2.2)

### **B. La protección especial al hijo**

Esta máxima de acuerdo a lo mencionado por Varsi (2013) corresponde al interés superior del niño o del menor como se ha referido a lo largo de este estudio, de acuerdo con el cual el hijo es un personaje principal en la filiación por ello se orienta a su salva guarda, dentro del ámbito de la CDN y dentro de los términos ampliamente analizados en precedencia.

### **C. Investigación de la paternidad**

Esta máxima aparece en virtud de que todo individuo posee el derecho de enterarse quienes son sus padres y ser legítimamente reconocido por ellos. Estriba en la investigación biológica de la paternidad, efectuada a interior de un proceso de filiación en el que se examinan intereses personales y opuestos a través de los cuales se realiza la potestad esencial del individuo de saber quiénes son sus descendientes o ascendientes.

De esta manera, esta máxima constituye un derecho cuyo propósito es el de investigar el principio de la filiación de un individuo, tal como se desprende lo expuesto por Varsi (1999)

En el mismo sentido, se sostiene que esta máxima es un derecho que posee todo individuo para saber su origen biológico personal. Se conoce también como derecho a la investigación de la paternidad y es una característica fundamental del individuo dado que, saber el origen somático es un elemento primordial del derecho a la identidad.

Tal como se infiere de los postulados mencionados, un sector de la doctrina considera que conocer la filiación es un derecho autónomo, por calificarlo de alguna manera, de la persona para la conocer biológicamente quién o quiénes son sus padres.

Otro enfoque, considera que es un derecho a través de la cual el menor puede disfrutar de otros derechos como el de la identidad, así como lograr la realización del principio del interés superior del menor.

Acorde con este planteamiento, se ha indicado que la indagación de la filiación consiste en a capacidad para ejercer acciones legales orientadas a saber y constituir su auténtico origen biológico o identidad filial, es trascendente para el interés superior del menor y para su derecho a la identidad, con fundamento en lo cual ha sido catalogado como un derecho, tal como se extrae de los señalado por Moscol, M. (2016)

Dentro del régimen legal nacional, la Norma Fundamental a diferencia de los que corre en otros países como Chile, Costa Rica, Cuba, Nicaragua Vargas. (2011), no consagro explícitamente el postulado de la investigación de la paternidad, no obstante este derecho está acorde con los postulados de la CND la cual fomenta un régimen independiente a acerca de la investigación de filiación como forma de dar prioridad al interés superior del menor.

#### **D. Protección de la familia**

Previo a abordar esta máxima Flores (2015) nos contextualiza indicando que, con fundamento en lo normado en la Carta Magna del Perú, la familia de un parte, constituye la medula y el principio de la sociedad y, de otra, es la que debe brindar atención completa al individuo y por ende el Estado posee la obligación de resguardarla y fomentarla a través de

políticas públicas que aseguren su desarrollo y un tratamiento legal conforme con sus particularidades, la labor que cumple y su trascendencia.

Debido a lo anterior, la Constitución señala que las instituciones Estatales y las particulares tienen la obligación de amparar legalmente a la familia como: institución natural y como ente primordial de la sociedad.

Debe aclararse que: esta máxima incluye, tanto el tipo de familia conformada a raíz del matrimonio como la que nace de la cohabitación, en atención a que ésta es única sin que tenga relevancia la manera como se ha constituido. Sobre este particular el TC indico:

Sin tener en consideración la clase de familia de que se trate, esta debe ser salvaguardada de las intromisiones que se puedan presentar por parte del Estado o la comunidad. No puede sostenerse que el Estado únicamente protege a la familia formada como consecuencia del matrimonio, teniendo presente que subsisten un gran número de familias constituidas sin observancia del matrimonio. Vale decir, se entiende que la institución de la familia excede al matrimonio, al punto de que ésta puede existir aun cuando aquel se haya disuelto. Sin embargo, esto no implica que el Estado este incumpliendo su deber Constitucional de fomentar la familiar matrimonial la cual brinda mayor seguridad y estabilidad a los hijos. (Tribunal Constitucional, Exp. 06572-2006-PA/TC, Fd. 11).

De esta manera, de acuerdo con los preceptos de la Norma Fundamental salvaguarda con fundamento en el postulado de protección a la familia, no solo a la que se origina en el matrimonio sino también la que se constituye de facto al estimarla como una institución esencial para la constitución de la sociedad y además el ambiente propicio para que el menor reciba protección y cuidado necesario para su bienestar y desarrollo.

La trascendencia de esta estimación radica en los efectos legales que se derivan de la situación familiar, siendo el principal la filiación la cual apareja simultáneamente, derechos para el hijo y deberes para los progenitores.

Uno de los instrumentos internacionales que contempla la protección de la familia es la Declaración Universal de los Derechos Humanos al prescribir que, la familia es el componente esencial de la comunidad y posee el derecho de que ésta y el Estado la defiendan (ONU, 1948, art. 16.3) y en forma similar el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (ONU, 1966, art. 23.1)

### **Determinación**

Determinar la filiación en general, significa establecer legalmente quien es la mamá o el papá de un individuo, lo cual se puede lograr por disposición de la Ley, ésta es la que la instituye previo el cumplimiento de requisitos; voluntaria en este evento el reconocimiento lo hace el papá o la mamá sin ningún tipo de coacción y, judicial es el magistrado a través de su fallo quien instituye la filiación del hijo, tal como discrimina Famá (2009).

Prosiguiendo con el mismo derrotero, se sostiene que la determinación de la filiación radica en averiguar judicialmente la identidad particular o filiación con base en un hecho biológico y natural como es la reproducción lo cual constituye una respuesta a un interés familiar soportado en el derecho a saber la identidad particular del individuo. De esta manera la reproducción constituye un elemento esencial en el vínculo jurídico paterno-filial. No obstante, se presentan situaciones en las que ese vínculo se establece sin un acto biológico, *verbi gratia* en la adopción; o no presentarse una reproducción en sentido estricto y una filiación por establecerse como ocurre en la reproducción asistida, tal como se infiere de lo expresado por Varsi (2002)

De acuerdo con lo indicado, determinar la filiación implica establecerla a partir de la verificación legal de la identidad del padre o madre de una persona, según el caso, de manera que ésta conozca su verdadero origen, su identidad y como consecuencia pueda ser titular de derechos y deberes generados en el vínculo paterno filial.

En la mayoría de las situaciones, supone la existencia de una relación biológica entre el concebido y sus padres, circunstancia que posibilita el establecimiento de la paternidad la cual, en ocasiones se logra dentro de un proceso judicial.

#### **2.1.4. Filiación Matrimonial**

La filiación se ha clasificado en matrimonial y extramatrimonial, con el único propósito de poder establecerla, ya que el derecho parte de suposiciones según la esencia de los vínculos familiares para determinar la filiación de un individuo. Tratándose del matrimonio se establece en virtud de la presunción instituida en el Estatuto Civil, tal como se extrae de lo señalado por Rueda (2001)

Esta forma de filiación está ligada al matrimonio entre los padres, el cual se constituye en su fundamento primordial empero, el hecho de contraer nupcias resulta exiguo para tenerlo como sustento de la filiación, por esta causa la doctrina ha creado tesis dirigidas a concretar a cuáles hijos se les puede considerar matrimoniales y cuales no.

En este sentido existen las tesis de:

##### **La concepción**

Conforme a los postulados de esta tesis, son hijos matrimoniales los que han sido procreados por los progenitores que han contraído nupcias validas, bien sea que hayan sido alumbrados dentro de él o posterior a su disolución o anulación. *Dies nuptiarum diez est conceptionis et nativitatis legitimae.* (Varsi, 2013:125).

En el caso de que el hijo sea procreado antes de contraer nupcias, poseen la calidad de extramatrimoniales pese a que hayan sido alumbrados dentro del matrimonio.

##### **Del nacimiento**

Para esta tesis ostentan la calidad de hijos matrimoniales aquellos que han sido alumbrados durante la vigencia del matrimonio de sus progenitores, es decir, no tiene en consideración el momento de la procreación.

En oposición a la teoría de la concepción, esta teoría otorga la calidad e matrimonial al hijo concebido fuera del matrimonio y son alumbrados dentro de él, por el contrario no tendrán esta calidad los hijos concebidos en él y nacidos con posterioridad a su disolución.

## **Mixta**

Es la recogida por el Estatuto Civil peruano y ha sido llamada como del nacimiento-concepción, encuentra su fundamento en los siguientes principios:

- ❖ La vida del ser humano principia con la concepción
- ❖ El cónyuge de la esposa se presume papá del hijo de aquella
- ❖ No se permite a la viuda contraer nuevas nupcias sino transcurridos trescientos días desde el fallecimiento de su cónyuge, excepto que haya alumbrado, norma aplicable también, a la cónyuge divorciada.
- ❖ El derecho del cónyuge para impugnar la paternidad del hijo de su esposa. Para adjudicar la paternidad matrimonial resulta trascendentes la concepción y el alumbramiento del hijo, en la medida en que se observen los plazos legales pues, conforme a ésta se presume que el hijo es concebido dentro del matrimonio si su alumbramiento se produjo dentro de los ciento ochenta días siguientes a su celebración y dentro de los trescientos días posteriores a su disolución.

### **2.1.4.1. Concepto**

La filiación matrimonial, también llamada por Madaleno nupcialista, casamentaria (citado por Varsi, 2013:129) o legítima por Ripert y Boulanger se produce en el momento en que papa y mama del niño han conformado una familia por haber contraído nupcias y el hijo ha sido engendrado o por lo menos ha sido alumbrado en él (citado por Jara y Gallegos, 2015:284)

Con el mismo enfoque Varsi (2013:129) indica que son hijos matrimoniales: i) los engendrados y alumbrados dentro del matrimonio, ii) los engendrados fuera de él pero alumbrados en él, dentro de los ciento ochenta días subsiguientes a su celebración, y; iii)9

los engendrados dentro de él y alumbrados fuera, dentro de los trescientos días posteriores a su disolución.

Este tipo de filiación se prueba con: los registros del matrimonio de los progenitores y del nacimiento del niño. De no existir estos documentos, se demuestra con el fallo judicial proferida en un proceso en el que se ha probado la posesión constante del estado o cualquier circunstancia a condición de que haya un germen de prueba escrita procedente de alguno de los progenitores (Código Civil Peruano, art. 375).

El hecho de establecer la filiación de un hijo matrimonial, conforme se extrae de los sostenido por Zannoni (2006) legitima un interés de familia que resulta relevante ya que corresponde al derecho que posee el niño de saber su procedencia biológica, mismo que está en relación directa con el derecho a la identidad del individuo. Por este motivo, el acto de establecer la filiación matrimonial comporta crear una relación legal congruente con la biológica con el propósito de asegurar el derecho a la identidad del niño.

Conforme a este enfoque, la filiación matrimonial del hijo permite que el hijo concebido dentro del vínculo matrimonial de sus padres, conozca la verdad biológica de su origen la cual jurídicamente constituye el derecho que tiene a su identidad y además a establecer el vínculo paterno-filial puede ejercerlos derechos, pero además cumplir con las obligaciones que de ella se deriva, tanto para el hijo como para los progenitores.

#### **2.1.4.2. Presunción *pater est***

La presunción *pater est* constituye el mecanismo legal implementado para probar la paternidad matrimonial. También es conocida como presunción de legitimidad matrimonial

De acuerdo con lo informado por Zannoni & Bossert. (2000) Desde el periodo antiguo, esta presunción buscaba ofrecer certeza a la filiación que partencia a los hijos alumbrados dentro del matrimonio centrándose la protección en el cónyuge y los derechos económicos y personales que se le asignaban entre los que se contaba su derecho al honor pues a él correspondía la representación social y legal de su esposa y sus hijos. Por ende, ante

cualquier altercado relacionado con su paternidad de los hijos concebidos por su esposa, éste se encontraba facultado para reconocer o desconocerlo.

De acuerdo a lo aseverado por Ripert y Boulanger de acuerdo a lo establecido por esta presunción, el hijo engendrado en el tiempo del matrimonio tiene por progenitor al cónyuge, de acuerdo con la expresión *Pater es est quem nuptiae demonstrnt*.

El fundamento de esta presunción, están dados a la vez, por dos suposiciones: la primera que en el tiempo de la procreación, se producían contactos sexuales entre los cónyuges unidos entres si por el deber jurídico de cohabitación y, que la esposa acata el deber de fidelidad. De esta forma, se relaciona con las consecuencias del matrimonio (Citado por Jara y Gallegos, 2015:285)

Con el mismo enfoque, se ha considerado que el progenitor de los hijos de una mujer que ha contraído nupcias es el cónyuge de la mama al momento del alumbramiento. Se encuentra soportada en dos hipótesis: i) la fidelidad de la cónyuge, por la cual ella no tiene contacto sexual con varón diferente a su esposo y, ii) la capacidad del cónyuge para fecundar. (Baqueiro y Buenrostro, 1994)

Dentro de este contexto se tiene que, la presunción *pater est* opera en la filiación matrimonial, ya que establece que el padre del hijo de la mujer casada es su cónyuge estos por cuanto, se supone que la mujer que ha contraído nupcias solo tiene contacto sexual con su cónyuge, y además que, éste no estaba imposibilitado para concebir.

En la legislación peruana, esta presunción se encuentra consignada en el artículo trescientos sesenta y uno de la Norma Civil conforme a la cual: el hijo alumbrado en el tiempo del matrimonio o dentro de los trescientos días posteriores a su disolución tiene por progenitor al cónyuge.

Esta presunción, procura la determinación de una filiación constitutiva, una asignación de la paternidad por *ministerio legis* o mecánica, igualmente denominada asignación de paternidad *ope legis*, conforme se colige de lo manifestado por Varsi (2013:131).

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta presunción, existe acuerdo en la ciencia jurídica en cuanto a que es, legal relativa o *juris tamtum*, pues esta hace una atribución de la paternidad de índole obligatoria, de manera que no se puede variar por convenio inter partes, excepto que en un proceso judicial, promovido para impugnar la paternidad matrimonial, con fundamento en las pruebas practicadas se consiga un fallo que la deje sin validez. Tal como se extrae de los planteamientos de Plácido (2003).

En similares términos se manifiesta Corral (2003) pero, añadiendo que para que esta resulta aplicable deben cumplirse con los términos establecidos en la norma.

Esta presunción ha sido modificada por el Decreto Legislativo mil trescientos setenta y siete, del veintitrés de agosto de dos mil dieciocho, norma que se dirigió a: Fortalecer la protección integral de niñas, niños y adolescentes.

Acorde con esta consideración ha indicado que, a partir de su vigencia el artículo trescientos sesenta y uno del C.C. el menor alumbrado durante la vigencia del vínculo matrimonial o dentro de los trescientos (300) días calendario posteriores a su disolución tiene como papa al cónyuge, excepto que la mamá manifieste explícitamente que no lo es.

#### **2.1.4.2.1. El plazo legal**

Un aspecto que debe profundizarse, es el relacionado con el plazo o termino establecido por la Ley para esta presunción.

Interpretando a Varsi (2013) sabemos que, acogiendo los términos señalados por el medico Griego Hipócrates de Cos y criterios científicos, jurídicamente se ha establecido que la fecundación se produce dentro de los ciento veintiún días de los trescientos que preceden al nacimiento de una persona, criterio contenido en los artículos trescientos sesenta y uno y, trescientos sesenta y tres incs 1y 2 del Código Civil Peruano. Este término ha sido establecido para que, computando retroactivamente, se pueda determinar si la fecundación se dio durante el matrimonio o no.

En concepto del jurista el término de los ciento veinte días debe emplearse de la manera más benigna para el hijo, la norma fija un lapso en el que debe haberse producido la concepción no un instante específico.

El término debe contabilizarse en días calendario, de los cuales se excluye, para el caso de los trescientos días el de la disolución conforme al artículo trescientos sesenta y uno del C.C. y en los ciento veintiunos el del alumbramiento, lo cual resulta trascendente para la circunstancia indicada en el artículo trescientos sesenta y tres incisos dos del C.C.

El término requerido para que esta presunción opere no es universal, cada legislación lo ha fijado a tendiendo a los datos de los expertos e incluso al derecho consuetudinario.

Estos lapsos son comunes, aproximados, no verídicos así lo ha precisado la honorable Corte Constitucional colombiana al precisar que:

La disciplina médica ha alcanzado resultado distinto: el tiempo de la gestación que termina en el alumbramiento de una persona, de un niño que subsista a la íntegra separación de su mamá, puede ser menor a ciento ochenta días o superior a trescientos. Esta disciplina ha determinado la probabilidad de alumbramientos de personas como resultado de embarazos menores a ciento ochenta días y mayores a trescientos.

La presunción establecida en el artículo noventa y dos, tiene un propósito definido: posibilitar que se compruebe o excluya la filiación, ya que la índole de hijo de un individuo, en particular es un elemento del estado civil y establece, por ello, derechos y deberes. (Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-004/98 Citada por Varsi 2013)

#### **2.1.4.2.2. Presunción reafirmatoria de paternidad**

Conforme lo expresa Varsi (2013) se conoce con esta denominación, a la presunción contenida en el artículo trescientos sesenta y dos del C.C. de acuerdo con la cual: el hijo se sigue presumiendo matrimonial aun cuando la mamá manifieste que no es de su cónyuge o se le haya sancionado por infiel actuando, de manera severa e indefinida, la asignación legal de la relación paterno filial originada en la presunción *pater est*.

#### **2.1.4.4. Contestación de la paternidad matrimonial**

La Contestación o desconocimiento de la paternidad corresponde a una acción, dirigida a desvirtuar o impugnar la presunción de paternidad pater est pos considerar que no se puede tener tal calidad.

Esta acción únicamente tiene por objeto impugnar la paternidad legalmente asignada a un hombre que considera o conoce que no puede ser progenitor de ese niño; ese hombre puede eliminarla a través de la acción de desconocimiento o contestación de la paternidad como se denomina en nuestra legislación.

Nuestra legislación, consagra taxativamente cinco causas para que el cónyuge que considere que no es el papa del hijo de su esposa lo niegue, en el artículo trescientos sesenta y tres del C.C.

1. En el caso de que el hijo sea alumbrado antes de concluidos los ciento ochenta días posteriores a la celebración de las nupcias.

Esta causal, se fundamenta en el hecho, no del todo cierto, de que no puede haber un embarazo menor a ciento ochenta días, atendiendo a que la fecundación se produjo el día de las nupcias o durante la luna de miel. Como afirma Varsi (2013)

2. En el caso de que sea visiblemente inverosímil, atendiendo a los acontecimientos, que hay convivido con la esposa durante los primeros ciento ochenta días de los trescientos que preceden el alumbramiento del hijo. -

Esta causal se refiere a un impedimento corporal, no sostuvieron relaciones sexuales de manera que no se pudo fecundar a la esposa. Los motivos pueden ser infinitamente variados: por secuestro, por trabajo, por la ocurrencia de fenómenos naturales, etc. pero, no se circunscriben al apartamiento físico de la residencia como aclara Varsi (2013) sino que también puede obedecer a: un estado donde no se tenga conciencia, problemas de salud.

3. En el caso de que a consecuencia de un fallo judicial se ha separado durante los primeros ciento ochenta días de los trescientos que preceden el alumbramiento del hijo, excepto que hubiera convivido con la esposa en ese lapso.

En este caso como se colige de lo sostenido por Varsi (2013) la separación es legal, no de hecho pues, ésta hace cesar la obligación de cohabitación de los cónyuges originados en el matrimonio, de manera que resulta sencilla la impugnación de la paternidad del hijo que se alumbro en el lapso de la separación acepto que se hubiera sostenido relaciones sexuales con la esposa.

4. En el caso de que se padezca de impotencia definitiva.

Esta norma alude a la infertilidad definitiva del hombre, la discapacidad para fecundar y no a la impotencia por que la situación es diferente, en el primer caso no se puede engendrar y en el segundo se tiene dificultades para realizar el acto sexual, aunque si se puede fecundar.

5. En el caso de que se acredite por medio del experticio del ADN u otras evidencias con validez científica con la misma o superior seguridad que no se presenta relación de padre.

En este evento, resulta absolutamente lógico que el Magistrado desatienda las presunciones indicadas en párrafos anteriores pues ya se ha establecido la verdad en cuanto a la paternidad.

De acuerdo a lo normado por el artículo trescientos sesenta y cuatro del C.C. esta acción, impugnatoria de la paternidad es privativa del cónyuge, solo él puede iniciar el proceso dentro del término de noventa días computados desde el día siguiente del alumbramiento si se encontraba en el lugar, o; de no haber estado, de su retorno.

Por su parte, el artículo trescientos sesenta y cinco del C.C no se puede ejercer la acción contestataria o impugnatoria de la paternidad contra el hijo que aún no ha sido alumbrado

Conforme al artículo trescientos sesenta y seis del C.C El cónyuge, no puede contestar o desconocer la paternidad del hijo que parió su esposa: i) n el caso sea alumbrado antes de concluidos los ciento ochenta días posteriores a la celebración de las nupcias y, ii) En el caso de que a consecuencia de un fallo judicial se ha separado durante los primeros ciento ochenta días de los trescientos que preceden el alumbramiento del hijo, excepto que hubiera convivido con la esposa en ese lapso, en los siguientes casos:

1. Si previo a las nupcias o reconciliación, conoció de la gestación.
2. Si ha aceptado explícita o implícitamente que es su hijo.
3. Si el hijo falleció, excepto que haya u interés fundado para dilucidar el vínculo de la filiación paterna.

Pese a que esta acción, se ha restringido exclusivamente para ser incoada por el cónyuge, no obstante, sus sucesores y ascendientes pueden: i) iniciarla si el supuesto padre ha fallecido antes de vencerse el plazo de los noventa días para interponerla y, ii) proseguir con el proceso que aquel hubiese iniciado. Tal como lo preceptúa el artículo trescientos sesenta y siete del C.C

De la misma manera, se faculta a los ascendientes del cónyuge para ejercer la acción para contestar o desconocer la paternidad en las situaciones previstas en el artículo cuarenta y tres inciso dos: por cualquier motivo no están en su sano juicio (ya que el tres la Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973) y; cuarenta y cuatro incisos dos y tres del Estatuto Civil el que padece retardo psicológico o menoscabo psicológico que no les permite manifestar sus deseos, en el evento en que estos no inicien el proceso, puede hacerlo el cónyuge dentro de los noventa días posteriores a que termine su incapacidad. Tal como lo preceptúa el artículo trescientos sesenta y ocho del C.C

Esta acción contestatoria de la paternidad se interpone contra el hijo y la mamá y, de presentarse una situación de contraposición de intereses del hijo con respecto de la mama,

se deberá designar curador especial. Tal como lo preceptúa el artículo trescientos sesenta y nueve del C.C

La carga de la prueba en la acción de contestación o impugnación de la paternidad, interpretando a Jara y Gallegos (2015) se diferencia de acuerdo a la causal invocada así:

Cuando se alega la imposibilidad, debido a los sucesos, de que el cónyuge haya tenido relaciones sexuales con su esposa durante los primeros ciento ochenta días de los trescientos que preceden el alumbramiento del hijo, la tiene el cónyuge.

Cuando el cónyuge sostiene con fundamento en el inciso uno del artículo cuatrocientos sesenta y tres del C.C, que no puede ser el padre del hijo de su esposa y puede negarlo si es alumbrado antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. El cónyuge únicamente debe presentar: copia simple del registro de matrimonio y certificada del de nacimiento.

Cuando la causal es la consagrada en el artículo tercero del artículo trescientos sesenta y tres, es decir, que el cónyuge que considera que no puede ser el padre del hijo alumbrado por su esposa, puede negarlo cuando por fallo judicial se ha separado durante los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del alumbramiento del hijo excepto que hubiera sostenido relaciones sexuales con su esposa. En este caso el cónyuge debe aportar copia del fallo y copia del registro de nacimiento certificada.

La esposa debe demostrar, que se han producido cualquiera de los sucesos contemplados en el artículo trescientos sesenta y tres incisos tres, o del artículo trescientos sesenta y seis del C.C. Es decir, que ella sostuvo relaciones sexuales con su cónyuge en el lapso de la separación ordenada por el magistrado, en el caso del artículo trescientos sesenta y tres inciso tres; y, alguna de los motivos que convierte en inadmisibles la acción contestaría de la paternidad es decir, que: i) el cónyuge sabía del embarazo antes de contraer nupcias o de la reconciliación, ii) que el cónyuge ha aceptado expresa o tácitamente ser el padre de su hijo y, iii) que el hijo objeto de la acción ha fallecido. Conforme se extrae de lo explicado por Jara y Gallegos (2015)

#### **2.1.4.5. Acción de filiación**

El artículo trescientos setenta y tres del C.C. precisa que el hijo está facultado para demandar su filiación, acción que no prescribe y se presenta en contra de la mamá y el papá o de sus sucesores.

Sobre el particular se ha sostenido, un presunto hijo de matrimonio puede demandar su condición de hijo aun cuando no tenga registro de su nacimiento y de posesión de la condición de hijo, la acción para él y sus descendientes no prescribe por lo cual si éste no demanda están facultados para hacerlo sus hijos, nietos, etc., de acuerdo a su parentesco. Conforme se colige de lo sostenido por Baqueiro y Buenrostro (1994)

El derecho a iniciar la acción de filiación, de acuerdo a lo normado por el artículo trescientos setenta y cinco del C.C. se traslada a los sucesores del hijo cuando: i) el hijo falleció previamente a alcanzar los veintitrés años de edad sin haber ejercido la acción, ii) cuando el hijo se convierte en incapaz y fallece en la misma condición antes de cumplir la edad indicada; y iii) el hijo acento el proceso.

El plazo para que se pueda accionar por parte de los herederos es de dos años para las dos primeras situaciones.

#### **2.1.4.6. Impugnabilidad de la filiación matrimonial**

La filiación matrimonial no puede ser objetada por el hijo o cualquier otra persona, cuando se congreguen en pro de ella; i) la tenencia permanente de la condición de hijo matrimonial, y ii) la condición que se derivan de los registros de matrimonio y nacimiento tal como se concluye de lo regulado por el artículo trescientos setenta y seis del C.C.

#### **2.1.5. Filiación extramatrimonial**

En este tipo de filiación como se infiere de lo afirmado por Varsi (2013), los padres no tienen una situación jurídica que los relaciones con sus hijos, pues formalmente no han

contraído matrimonio producto del cual, por imperativo legal se establezca la condición de padre o madre.

Los mecanismos legales previstos para establecer la relación entre padres e hijo son: el albedrío alguno de ellos según el caso –reconocimiento- o la asignación judicial –por disposición del Juez—Tal como lo norma el artículo trescientos ochenta y siete del C.C.

En la práctica el hijo extramatrimonial “(...) el hijo extramatrimonial goza de hecho de *status personae* pero no del *status familiae*, en especial *status filii*.” Varsi (2013:160) es decir, el hijo posee un nombre, pero, no una filiación que le permita establecer vínculos con su familia.

En el caso e hijo concebidos fuera del matrimonio y sin que se haya demandado, la filiación de los progenitores puede establecerse independientemente

#### **2.1.5.1. Declaración judicial de la filiación**

La legislación Civil, reconoce el derecho inherente a su condición de ser humano del hijo para demandar ante el poder judicial su filiación y reclamar que quienes no aparecen como sus progenitores sean declarados como tales a través de un fallo, con la finalidad de que satisfagan los deberes que poseen con él.

Esta declaración de paternidad hecha por un magistrado, supone que es el poder judicial el que a petición de parte declara la paternidad, evaluando los medios de prueba previamente presentados.

En este caso lo que se busca establecer es la filiación legal ajustándola con origen biológico: la fecundación. En general está orientada a la verificación de esta circunstancia.

Este tipo de declaración se lleva a cabo a raíz de la inexistencia de reconocimiento voluntario del progenitor con relación a un hijo extramatrimonial lo cual obedece a infinidad de motivos: falta de confianza, por machismo, etc.

El hijo está legitimado para accionar, demandado una averiguación judicial de su filiación la cual se declara en un fallo, proferido como consecuencia de la verificación de los sucesos y de los medios de prueba presentados, dentro del cual conforme la opinión de Varsi (2013:161) puede a la par solicitar una indemnización como consecuencia del perjuicio sufrido a causa de la falta de reconocimiento oportuno de su padre.

En la doctrina existen dos posiciones respecto de la declaración judicial, una considera que involucra la realización de un litigio en el que el magistrado identifica a los padres; y la otra sustenta que corresponde a una determinación declarativa de la relación filial, en el cual se puede presentar los medios probatorios que se consideren pertinentes.

La normativa vigente ha previsto procedimientos para determinarla paternidad:

**De conocimiento.** Sustentado en alguno de las hipótesis contempladas en el artículo cuatrocientos dos del C.C.

Este proceso es competencia de Juez de Familia, la demanda debe ser presentada por el hijo.

Los plazos máximos que se pueden emplear en este proceso los ha establecido el artículo cuatrocientos setenta y ocho del C.P.C. de la siguiente forma

1. Tachas u oposiciones a los medios probatorios, 5 días a partir de notificación de la resolución que los tienen por ofrecidos.
2. Resolución tachas u oposiciones 5 días
3. Presentar excepciones o defensas previas, 10 días a partir de la notificación de la demanda o reconvención.
4. Traslado de las excepciones o defensas previas 10 días
5. Contestar la demanda y reconvenir. 30 días

6. ofrecer medios de prueba respecto de hechos nuevos aducidos en la contestación no contemplados en demanda o en la reconvencción, (Art. cuatrocientos cuarenta C.P.C.) 10 días.
7. Absolver el traslado de la reconvencción, 30 días.
8. Subsanan defectos advertidos en la relación procesal, (art, cuatrocientos sesenta y cinco) 30 días.
9. Audiencia conciliatoria, (art. cuatrocientos sesenta y hoco) 20 días
10. Audiencia de pruebas 50 días (art, cuatrocientos setenta y uno C.P.C.)
11. Audiencia especial y complementaria 10 días a partir de audiencia de pruebas, de ser necesarias.
12. Sentencia, 50 días (art. doscientos once C.P.C.)
13. Apelar la sentencia, 10 días (art, trescientos setenta y tres del C.P.C.). (‘Código Procesal Civil, art. 478)

**Especial:** previsto en las Leyes. 28457 y 29281 con fundamento en el resultado de la prueba de ADN

La competencia para conocer de este proceso se asignó al Juez de Paz Letrado. La demanda puede ser presentada por quien tenga interés reconocido por la Ley en la declaración.

Los plazos para su realización son:

- ❖ Desde notificada la demanda 10 días el demandado puede
- ❖ No ponerse evento el cual el mandato se convierte en declaración de Paternidad.

- ❖ Oponerse se suspende el mandato, si el demandado se obliga a practicarse la prueba de ADN en 10 días, deba pagarlo o solicitar auxilio judicial.
- ❖ Si se somete a la prueba, se efectúa con muestra de los progenitores y el menor.
- ❖ Si no la realiza sin justificación la oposición declara improcedente y el mandato se convierte en declaración de Paternidad.
- ❖ Si la oposición se declara fundada porque el ADN fue negativo, se declara fundada la oposición y al demandante se le condena en costas y costes procesales,
- ❖ Apelación. 3 días, debe ser resuelta por el Juez de Familia en 10 días. (Congreso de la República, Ley No. 2857)

#### **2.1.5.1.1. Eventos en los que procede**

Conforme a lo preceptuado en el artículo cuatrocientos dos del C.C., judicialmente se puede determinar la paternidad extramatrimonial en las siguientes situaciones:

1. En el caso que exista escrito en el que indiscutiblemente acepta la paternidad.
2. En el caso de que el hijo, haya ostentado durante un año continuo, previo a la demanda la calidad de hijo extramatrimonial, demostrado por acciones explícitas del progenitor o sus parientes
3. En el caso de que el supuesto progenitor convivió con la mamá durante el periodo de la fecundación.
4. En el caso de violación, plagio o detención forzada de la mujer, siempre que la época de realización de la conducta típica concuerde con la fecundación.

5. En el evento de haber seducido a la mujer con ofrecimiento de casamiento en una época que concuerde con la fecundación, a condición que el ofrecimiento conste inequívocamente.
6. En el caso en que la relación parental, entre el progenitor y el hijo, se demuestre por medio de la prueba de ADN u otras científicas o genéticas con el mismo o superior nivel de seguridad.

Esta circunstancia, no es procedente en el caso del hijo de mujer casada cuyo cónyuge no hubiera negado o contestado la paternidad.

El magistrado debe excluir las presunciones establecidas en esta norma, cuando exista prueba genética u otra comprobada científicamente que proporcione mayor seguridad.

#### **2.1.5.2. Investigación de paternidad**

##### **2.1.5.2.1. Noción**

Como ya se había anticipado, la investigación de paternidad corresponde a la averiguación efectuada en el interior de un proceso judicial sobre dos aspectos opuestos conforme señala Varsi (2013:165)

Quien es el progenitor de cierto individuo con el propósito de declararlo. En esta ocasión la acción concierne al hijo.

Quien no es progenitor de un apersona que la Ley supone su hijo. En esta ocasión la acción incumbe al progenitor.

De esta forma en esta acción se presentan dos intereses necesariamente contrarios: i) el del hijo orientado a saber su verdadera filiación, su ascendencia biológica, ii) de la madre con el propósito de que su hijo disponga de la filiación declarada y cuota alimentaria, y iii) el presunto padre: su interés necesariamente es contrario a los anteriores pues de no serlo habría acudido a la institución del reconocimiento.

A raíz de ello, se estima que la investigación de paternidad posibilita la realización de una potestad característica del individuo, conocer sus orígenes: ascendencia, o su descendencia, razón por la cual ciertos teóricos de la ciencia jurídica sostienen que siendo esta su esencia legal, le confiere la calidad de derecho humano.

#### **2.1.5.2.2. Restricciones**

En cuanto hace referencia al Estatuto Civil, parafraseando a Varsi (2004), autoriza la investigación de la paternidad en ciertos asuntos, estableciendo impedimentos en el caso de la filiación matrimonial entre las que se cuentan:

La referente a la impugnabilidad de la filiación matrimonial establece que: en el evento en que converjan en la filiación matrimonial: i) la ostentación permanente del estado de hijo matrimonial y, ii) el título consignado en los registros de la boda y nacimiento, no puede ser impugnada por nadie, ni siquiera por el mismo hijo (Código Civil, art. 376)

En lo vinculado con el Reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio pero de mujer casada, señala que éste hijo no puede ser reconocido sino con posterioridad a que el cónyuge la hubiese impugnado y el fallado lo hubiera favorecido es decir, que su pretensión hubiera sido declarada fundada. (Código Civil, art. 396)

De la misma manera al abordar el tema de la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial, indica que la demostración genética de paternidad no es procedente respecto al hijo de mujer casada cuyo cónyuge no hubiera rechazado la paternidad. (Código Civil, art. 402)

Y respecto a la declaración judicial de paternidad del hijo de la mujer que ha contraído matrimonio, indica que si la mamá permanecía unida en matrimonio durante la época de la concepción, la acción solo resulta procedente en el evento en que el cónyuge hubiera impugnado su paternidad y el fallo le hubiera sido favorable. (Código Civil, art. 404)

Estas restricciones, se efectuaron en defensa de la institución familiar, consideración que resultaba válida para la época en que fue promulgado el Código pero que en la actualidad,

en pleno siglo veintiuno han perdido vigencia pues en la actualidad lo que predomina son los derechos del menor.

### **2.1.5.2.3. La prueba de ADN**

A través de la Ley N° 27048, se modificó el sistema de determinación de la filiación establecido en la legislación civil, autorizando el empleo de las pruebas fundamentadas en el estudio de los genes, biológicas u otras con valor científico en los procesos de contestación de la paternidad, artículo trescientos sesenta y tres del C.C., de filiación: de impugnación, previsto en los artículos trescientos setenta y uno y cuatrocientos dos del C.C, como de reclamación normado en el artículo cuatrocientos quince del mismo estatuto.

También autoriza al demandado en un proceso iniciado por el hijo alimentista, requerir la realización de la prueba de ADN para refutar lo pretendido por el demandante, conforme lo autoriza el artículo cuatrocientos quince del C.C.

De acuerdo a lo manifestado por Varsi (2013), esta norma presenta las siguientes particularidades:

Incorpora al régimen de presunciones que rige en el Estatuto Civil la eficacia de la biopruebas.

Autoriza el empleo de pruebas científicas en todos los procesos de filiación. No obstante, no la autoriza expresamente para el caso de la declaración de la filiación matrimonial prevista en el artículo cuatrocientos nueve del C.C. obstáculo que se supera acudiendo a principios interpretativos.

Faculta al magistrado para desechar las presunciones de los artículos trescientos setenta y tres (relacionados con la concepción y el nacimiento) y cuatrocientos dos (declaración judicial de paternidad) probando biológicamente que el emplazado no es el progenitor.

En el evento de que el supuesto progenitor se rehúse a someterse a la prueba biológica, en el proceso de declaración de paternidad extramatrimonial, el magistrado valorara el

comportamiento del demandado y los medios probatorios declarando la paternidad o al hijo como alimentista. Sin embargo, la norma guarda silencio respecto a la resistencia de la madre o del hijo a someterse a este experticio.

Extiende la aplicación de las pruebas científicas en las acciones de deceleración de paternidad o maternidad extramatrimonial.

### **2.1.5.3. Reconocimiento de paternidad**

El reconocimiento de paternidad corresponde a la aceptación voluntaria que de ella realiza un hombre.

A través de este acto jurídico se determina como consecuencia de la decisión del padre la relación filial entre éste su hijo y su mamá.

Este reconocimiento o aceptación es un acto solemne, sujeto a las formalidades que la Ley establezca, conforme a las cuales éste se puede debe consignarse en el registro de nacimiento o en el testamento, tal como se deduce de lo normado en el artículo trescientos noventa del Código Civil.

En Código de Niños y adolescentes también prevé que se puede efectuar en la audiencia del proceso único, en el evento de que el progenitor exprese su deseo de reconocer al hijo y Magistrado lo acepta y el hijo se considera reconocido, tal como se colige del artículo ciento setenta y uno del C.N.A.

.

.

### **III. METODO**

#### **3.2. Tipo de investigación**

Este trabajo investigativo fue del tipo descriptivo, aplicado, Correlacional.

Toda vez que, las causas por las cuales se vulnera el interés superior del niño en la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada, fueron examinadas detalladamente dentro de las directrices otorgadas por las Convenciones, Declaraciones, Protocolos de las Organizaciones Internacionales, la Jurisprudencia Internacional, las Normas y Jurisprudencia Nacionales y los diversos enfoques doctrinarios, los hallazgos alcanzados prevén herramientas para enmendarlas y proporcionan datos que pueden ser aplicados en futuras investigaciones.

Correlacional porque, ponderó la manera como se vulneró el interés superior del niño en los procesos de filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada en la época investigada.

#### **3.2. Población y muestra**

La población en este estudio se constituyó con sesenta colaboradores así: Jueces de Paz Letrados, Jueces de Familia, especialistas Juzgados de Paz letrados y de Juzgados de Familia, Fiscales provinciales y adjuntos de Familia y abogados litigantes de la Corte de Lima Centro.

Partiendo de la población la muestra de este estudio se fijó en cincuenta y dos colaboradores conforme al resultado arrojado por la fórmula:

$$n = \frac{n^{\circ}}{1 + \frac{n^{\circ}}{N}}$$

En la cual:

$$n_0 = p * (1 - p) * \left[ \frac{z \left( 1 - \frac{\alpha}{2} \right)}{d} \right]^2$$

N = Total de la población

$$1 - \frac{\alpha^2}{2} = 0.05$$

$$z(1 - \alpha/2) = 1.64$$

P = proporción esperada 0.5

• d = precisión (en su investigación use un 5%).

Z = nivel de confianza 90%

La muestra se configuro así:

<b>CORTE DE LIMA CENTRO</b>		
<b>Colaborador</b>	<b>Numero</b>	<b>Porcentaje</b>
Jueces de Paz Letrados	04	7.69
Jueces de Familia	08	15.38
Especialistas Juzgados de Paz letrados y Familia.	15	28.84
Fiscales provinciales y adjuntos de Familia	13	25.00
Abogados litigantes de la Corte de Lima Centro	12	23.07
<b>TOTAL</b>	<b>52</b>	<b>99.98</b>

### **3.3. Operacionalización de las variables de la investigación**

#### **VARIABLE INDEPENDIENTE**

#### **X. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

##### **Indicadores:**

X.1. Debe ser observado en todo proceso referido a menores

X.2. Concepto indeterminado

X.3. Medidas expeditas y eficaces

## **VARIABLE DEPENDIENTE**

### **Y. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA**

#### **Indicadores**

Y.1. Sentencia favorable contestación de hijo matrimonial

Y.2. Proceso de conocimiento

Y.3. No se puede iniciar con fundamento en el ADN

#### **3.4. Instrumentos**

El compendio de la información necesaria para la elaboración de la investigación se efectuó a través de:

**Guía de análisis documental.** En ellas se efectuó el registro de las fuentes informativas halladas concernientes al interés superior del niño y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada, como variables de la investigación.

**Fichas bibliográficas.** En estas papeletas individualizaron las fuentes de investigación que se consideraron para la investigación concernientes al interés superior del niño y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada, como variables de la investigación.

**Cuestionario.** Formulario diseñado con preguntas concernientes a las variables: interés superior del niño y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada y sus indicadores, a través del cual se realizó trabajo de campo.

### 3.5. Procedimientos

Se emplearon:

**El histórico:** Para examinar la manera como a través del desarrollo legislativo se han regulado las variables: interés superior del niño y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada

**Exegético.** Empleado para dilucidar en el sentido establecido por los legisladores o las organizaciones internacionales, el contenido normativo, Nacional e internacional de las variables: interés superior del niño y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada

**Sistemático:** A través de él se examinaron las variables: interés superior del niño y la de filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada tal como han sido conceptualizadas por las organizaciones internacionales, el contenido normativo, Nacional e internacional

### 3.6. Análisis de Datos

**Indagación.** Empleado para efectuar una búsqueda sistematizada, en las fuentes de información de las variables: interés superior del niño y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada

**Análisis documental.** Permitió examinar el contenido que las fuentes informativas presentaban sobre: las variables: interés superior del niño y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada.

**Conciliación de datos.** A través de él se concordaron los datos extraídos de las fuentes de la investigación concernientes a las variables: interés superior del niño y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada.

## **IV. RESULTADOS**

### **4.1. Contratación de la hipótesis**

La ciencia estadística prevé la contratación como una técnica empleada para corroborar la hipótesis presentada en la investigación.

Para lograr el propósito indicado se parte de singularizar las hipótesis:

#### **General:**

**H<sub>1</sub>:** La filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada vulnera el interés superior del niño debido a que la ley prohíbe declararla judicialmente si previamente el padre legal no ha obtenido sentencia judicial emitida en juicio de impugnación de la paternidad y porque no se puede declarar con fundamento en el resultado de la prueba de ADN.

#### **La hipótesis Nula:**

**H<sub>0</sub>:** La filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada **NO** vulnera el interés superior del niño

Lo siguiente es contrastar la hipótesis general de acuerdo a los parámetros señalados por cada procedimiento así:

#### **REGRESION:**

Este procedimiento se emplea para identificar y cuantificar alguna Relación Funcional entre las variables de la investigación, en el que cada una depende de la otra, esta aseveración se expresa en un en modelo de Regresión Simple que:

Se parte de qué Y es la variable dependiente y X la independiente.

Y y X representan variables, en donde Y depende de X, es decir "Y es una función de X", lo que equivale a  $Y = f(X)$

En este modelo se determina que Y es una función de sólo la variable independiente, motivo por el cual se le llama Regresión Divariada y matemáticamente corresponde a  $Y = f(X)$ .

En esta fórmula "Y está regresando por X". La variable dependiente es la que se pretende que se desea dilucidar, predecir, debido a ello se le denomina también como REGRESANDO ó VARIABLE DE RESPUESTA.

La variable Independiente por su parte se representa por X y se menciona como VARIABLE EXPLICATIVA ó REGRESOR y se emplea para explicar a Y.

Sintetizando lo anterior, se tiene que en el análisis de la relación funcional entre dos variables poblacionales: una variable X, llamada independiente, explicativa o de predicción y una variable Y, llamada dependiente o variable respuesta, presenta la siguiente notación:  
 $Y = a + b X + e$ .

Dónde:

a= es el valor de la ordenada donde la línea de regresión se intercepta con el eje Y.

b=es el coeficiente de regresión poblacional (pendiente de la línea recta)

e=es el error

Este procedimiento relaciona la variable dependiente **FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA** con la información suministrada por otra variable independiente **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

**TABLAS DE REGRESIÓN DEL MODELO:  
VARIABLES INTRODUCIDAS/ELIMINADAS (b):**

Modelo	VARIABLES INTRODUCIDAS	VARIABLES ELIMINADAS	Método
1	INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	0	estadístico

- a. Todas las variables solicitadas introducidas  
b. Variable dependiente: **FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA**

**RESUMEN DEL MODELO DE LA INVESTIGACION:**

Modelo	R	R cuadrado	R cuadrado corregida	Error típ. de la estimación
1	78.28% (a)	82.35%	54.64%	2.86%

- a. Variable predictora: (Constante), **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

**Explicación:**

Coefficiente de correlación lineal corregido = 54.64% el que da entender una correlación aceptable

Coefficiente de Determinación Lineal = R cuadrado = 82.35% porcentaje que indica de la variación total se debe a la variable independiente: **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO** y el remanente se imputa a otros factores.

Coefficiente de Correlación (R) = 78.28% (a) lo que indica una correlación buena  
 Error típico de Estimación = 2.86% el cual expresa la desviación típica de los valores observados respecto de la línea de regresión. Este dato apoya la investigación efectuada por ser menor al error esperado por la investigadora.

### ESTADÍSTICA

Contrastar estadísticamente la hipótesis implica cotejar los pronósticos de la investigadora con la realidad examinada, de manera que si el resultado coincide con el margen de error esperado en la investigación (5%) se admite la hipótesis de la general y por ende se inadmite la nula.

ESTADÍSTICOS		INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA
N	Válidos	52	52
	Perdidos	0	0
Media		91.7461	94.0000
Mediana		97.0000	98.0000
Moda		97.00	97.00
Desviación típica.		4.27713	5.54581
Varianza		37.725	39.667
Mínimo		83.00	87.00
Máximo		97.00	100.00

#### Explicación:

Media o valor promedio de la variable independiente = 91.74%

Media o valor promedio de la variable dependiente= 94.00%.

Estos porcentajes evidencian buen promedio para las variables, pero, más alto para la dependiente, que es la que se desea remediar dato que afirma el tipo de investigación efectuado.

Desviación; busca calcular el grado de desviación de los valores respecto a un valor estándar fijado, conforme a la tabla es de: 4.27 % para la variable independiente y 5.54% para la dependiente.

Este resulta permite deducir una alta concentración en los resultados obtenidos; pero, más favorable para la variable dependiente, lo cual afirma el tipo de investigación efectuado.

### **ANOVA**

La sigla ANOVA significa Análisis de la Varianza, la cual es concebida como una particularidad de la muestra de la investigación que pondera su dispersión o variabilidad en proporción del valor estándar fijado.

Comprende unidades al cuadrado de la variable. Su raíz cuadrada positiva es la desviación típica.

La Tabla ANOVA, se compone de los siguientes datos:

Suma de cuadrados, Grados de libertad, Media cuadrática, Estadístico “F” y el Valor de significancia.

El estadístico “F” es el cociente entre dos estimadores diferentes de la varianza. Uno de estos estimadores se obtiene a partir de la variación existente entre las medias de regresión. El otro estimador se obtiene a partir de la variación residual. La Tabla de ANOVA, recoge una cuantificación de ambas fuentes de variación (sumas de cuadrados), los grados de libertad (gl) asociados a cada suma de cuadrados y el valor concreto adoptado por cada estimador de la varianza muestral (media cuadrática: se obtiene dividiendo las sumas de cuadrados entre sus correspondientes grados de libertad). Ahora, el cociente entre estas dos medias cuadráticas nos proporciona el valor del Estadístico

“F”, el cual aparece acompañado de su correspondiente nivel crítico o nivel de significación observado.

**TABLA DE VARIANZA-ANOVA (b):**

Modelo		Suma de cuadrados	Gl	Media cuadrática	F	Sig.
1	Regresión	72.345%	1	72.3345%	7.876%	3.15%(a)
	Residual	41.478%	5	7.876%		
	Total	116.000%	6			

a. Variables predictoras: (Constante), **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

b. Variable dependiente **FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA**

**Explicación:**

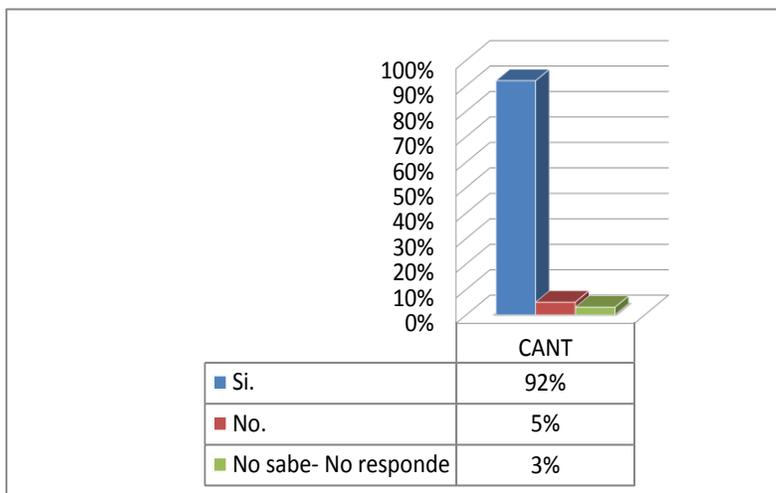
Estadístico F:= 7.876%, a pesar de no ser muy alto es representativo para la predicción del modelo lineal.

Sig = 3.15% el que confrontado con el error esperado por la investigadora (5.00%) es más bajo, resultado que permite admitir la hipótesis de la investigadora y la inadmisión de la nula y, además afirma el tipo de investigación efectuado

## 4.2. De la encuesta

1. ¿Sabía usted que el interés superior del niño debe ser considerado en todos los procesos o procedimiento referido a menores?

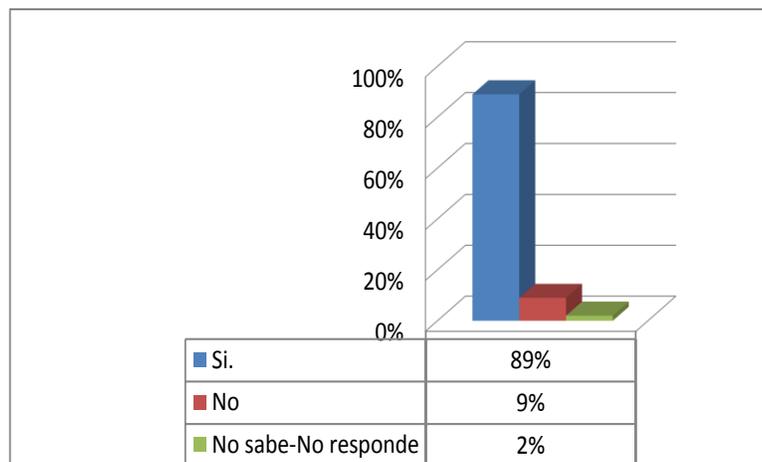
**1º. Gráfico**



**Sinopsis:** El primer gráfico revela que el 92% de los colaboradores en la encuesta admitió saber que el interés superior del niño debe ser considerado en todos los procesos o procedimiento referido a menores. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

2. ¿Conocía usted que el principio del interés superior del niño prevalece sobre los demás intervinientes en el proceso en el que se tomen decisiones respecto a él?

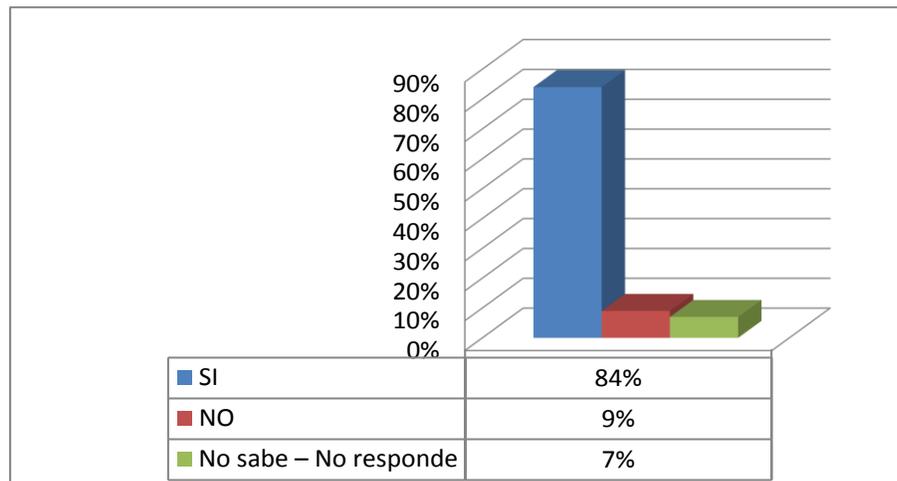
### 2°. Gráfico



**Sinopsis:** El segundo gráfico revela que el 89% de los colaboradores en la encuesta admitió conocer que el principio del interés superior del niño prevalece sobre los demás intervinientes en el proceso en el que se tomen decisiones respecto a él. Resultado que fortalece la investigación efectuada

3. ¿Sabía usted que a pesar de la importancia que tiene el principio interés superior del niño, no ha sido determinado?

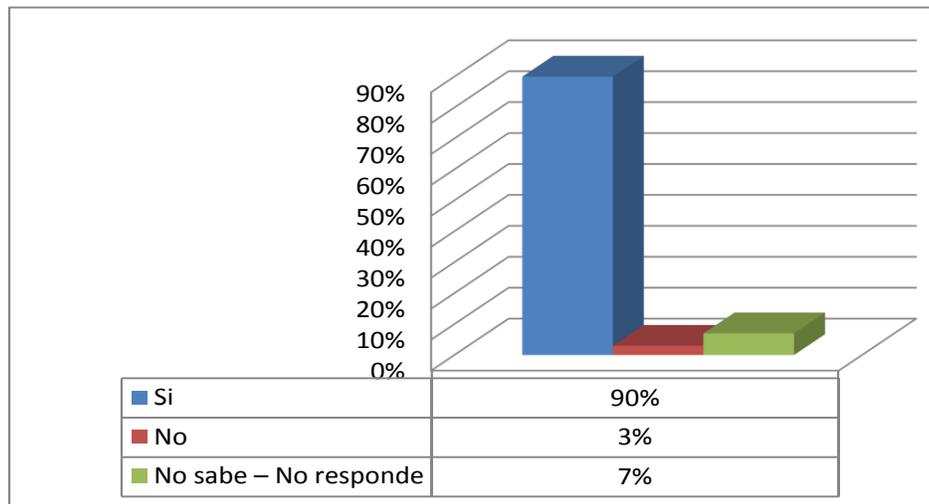
### 3°. Gráfico



**Sinopsis:** El tercer gráfico revela que el 84% de los colaboradores en la encuesta admitió saber que a pesar de la importancia que tiene el principio interés superior del niño, no ha sido determinado Resultado que fortalece la investigación efectuada.

4. ¿Conocía usted que la indeterminación del concepto del interés superior del niño ha sido superada al considerarlo como un derecho, un principio y una norma de procedimiento?

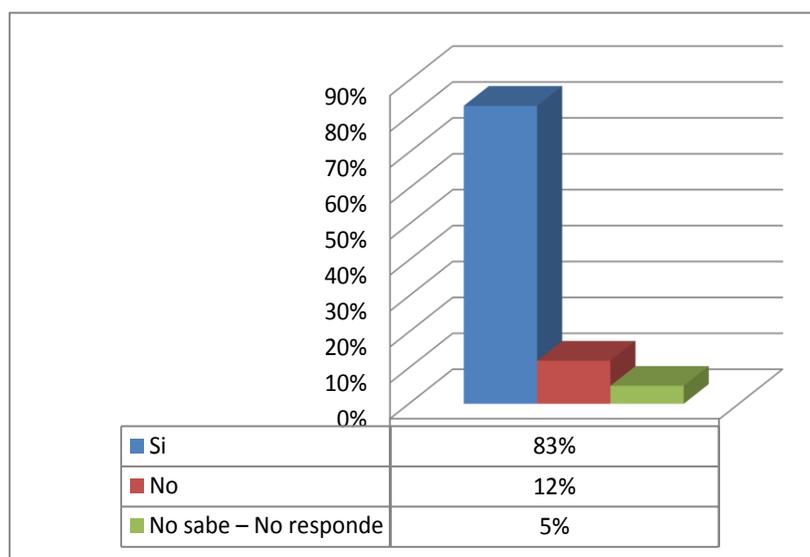
**4º. Gráfico**



**Sinopsis:** El cuarto gráfico revela que el 90% de los colaboradores en la encuesta admitió conocer que la indeterminación del concepto del interés superior del niño ha sido superada al considerarlo como un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Resultado que fortalece la investigación efectuada

5. ¿Sabía usted que el interés superior del niño implica que las decisiones que se tomen respecto del menor sean expeditas y eficaces?

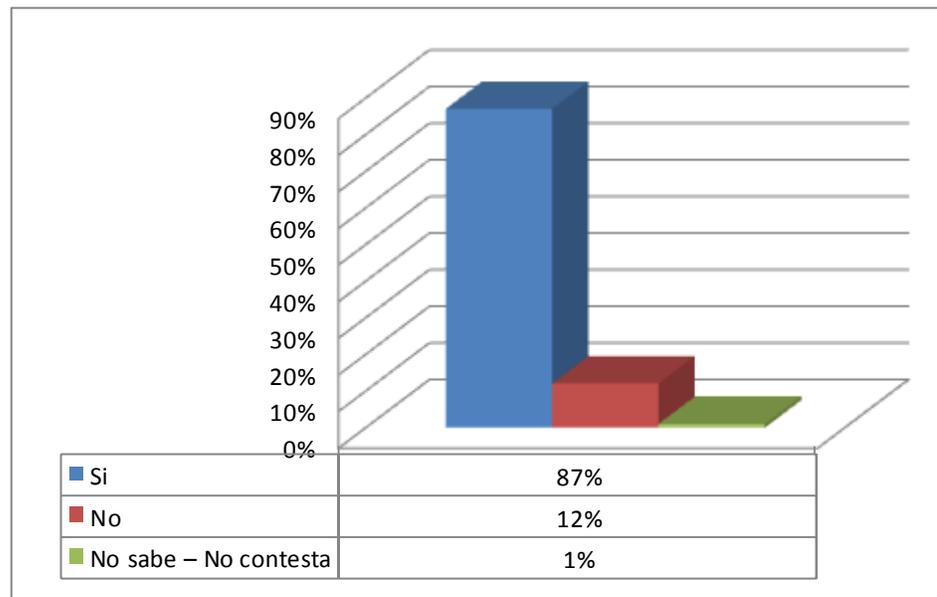
### 5°. Gráfico



**Sinopsis:** El quinto gráfico revela que el 90% de los colaboradores en la encuesta admitió saber que el interés superior del niño implica que las decisiones que se tomen respecto del menor sean expeditas y eficaces. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

6. ¿Está usted de acuerdo con que los procesos en que se decidan aspectos relacionados con niños por aplicación del principio del interés superior de él, deben ser resueltos rápidamente y en su favor?

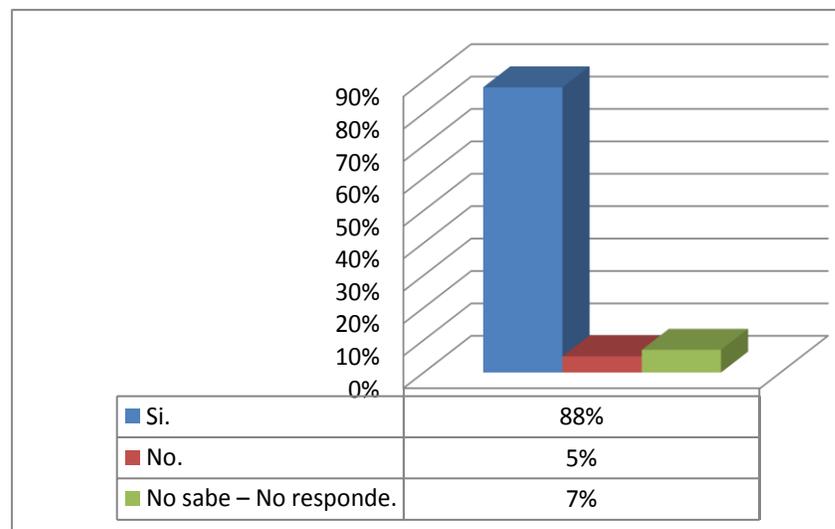
**6°. Gráfico**



**Sinopsis:** El sexto gráfico revela que el 87% de los colaboradores en la encuesta admitió estar de acuerdo con que los procesos en que se decidan aspectos relacionados con niños por aplicación del principio del interés superior de él, deben ser resueltos rápidamente y en su favor. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

7. ¿Conocía usted que para poder reconocer extramatrimonialmente al hijo de mujer casada se necesita que el padre legal haya obtenido sentencia favorable en el proceso en que la impugno?

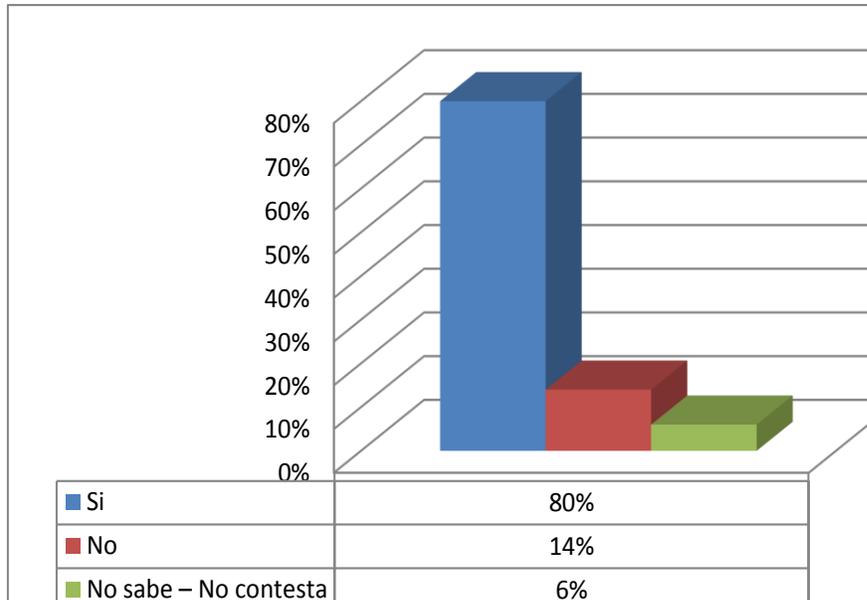
**7°. Gráfico**



**Sinopsis:** El séptimo gráfico revela que el 88% de los colaboradores en la encuesta admitió conocer que para poder reconocer extramatrimonialmente al hijo de mujer casada se necesita que el padre legal haya obtenido sentencia favorable en el proceso en que la impugno. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

8. ¿Está usted de acuerdo con que el hecho de no tener sentencia favorable en el proceso impugnación de la paternidad legal impide que esta sea declarada judicialmente o reconocida por el padre biológico?

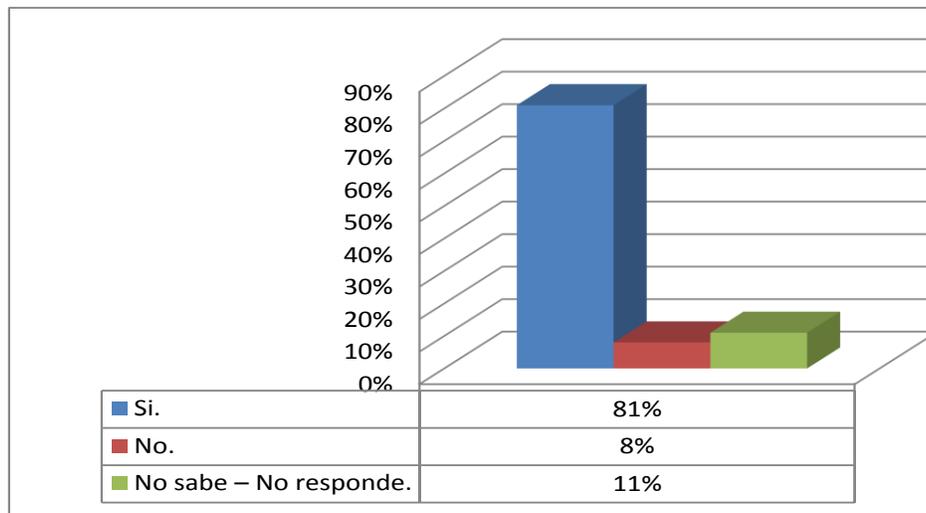
**8°. Gráfico**



**Sinopsis:** El octavo gráfico revela que el 80% de los colaboradores en la encuesta admitió estar de acuerdo con que el hecho de no tener sentencia favorable en el proceso impugnación de la paternidad legal impide que esta sea declarada judicialmente o reconocida por el padre biológico. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

9. ¿Sabía usted que la impugnación o contestación de la paternidad legal debe ser resuelta a través de un proceso de conocimiento, al igual que la declaración judicial de paternidad?

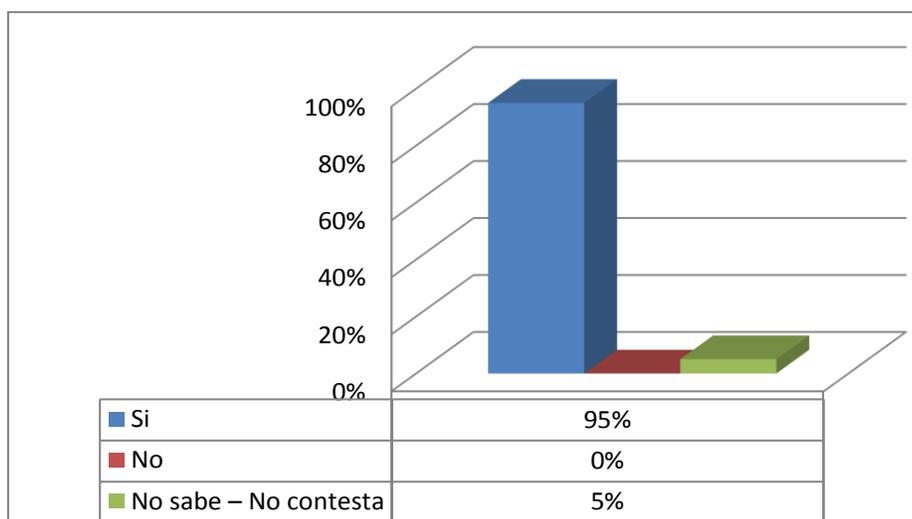
### 9º. Gráfico



**Sinopsis:** El noveno gráfico revela que el 81% de los colaboradores en la encuesta admitió saber que la impugnación o contestación de la paternidad legal debe ser resuelta a través de un proceso de conocimiento, al igual que la declaración judicial de paternidad. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

10. ¿Comparte usted la opinión de que debido a los plazos fijados en el proceso de conocimiento su decisión final puede tardar varios años?

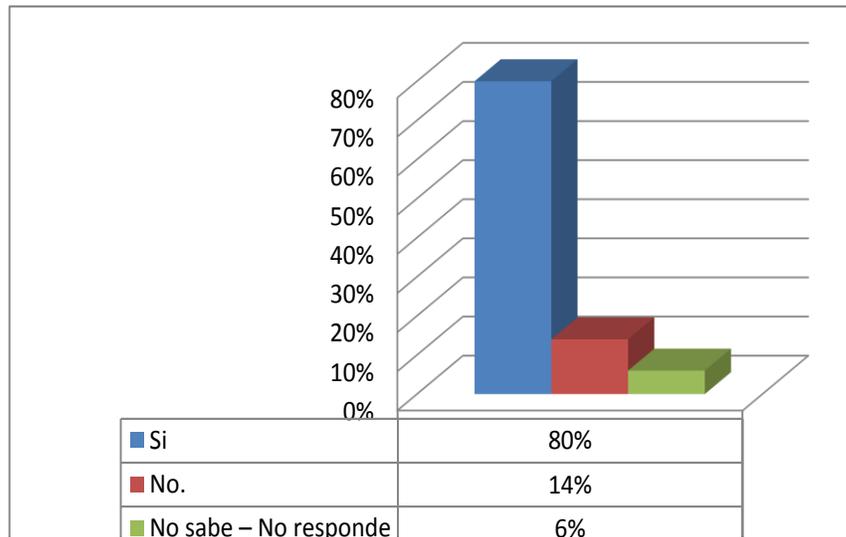
**10°. Gráfico**



**Sinopsis:** El décimo gráfico revela que el 95% de los colaboradores en la encuesta admitió compartir la opinión de que debido a los plazos fijados en el proceso de conocimiento su decisión final puede tardar varios años. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

11. Sabía usted que la filiación extramatrimonial no puede ser promovida con fundamento en el resultado de la prueba de ADN?

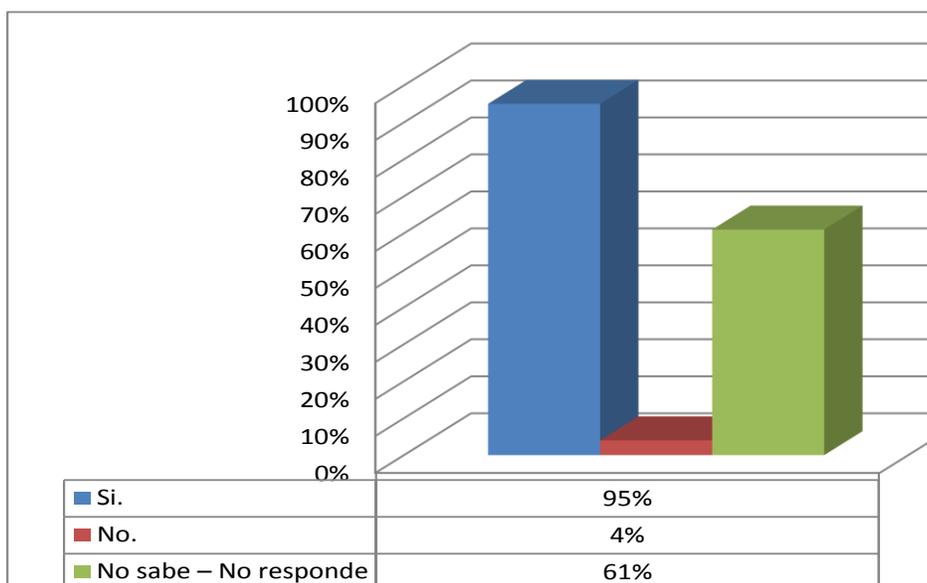
11°. Gráfico



**Sinopsis:** El décimo primer gráfico revela que el 80% de los colaboradores en la encuesta admitió saber que la filiación extramatrimonial no puede ser promovida con fundamento en el resultado de la prueba de ADN. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

12. ¿Está usted de acuerdo que al no permitirse iniciar la filiación extramatrimonial de hijo de mujer casada con fundamento en el resultado del ADN implica el desconocimiento de su origen biológico?

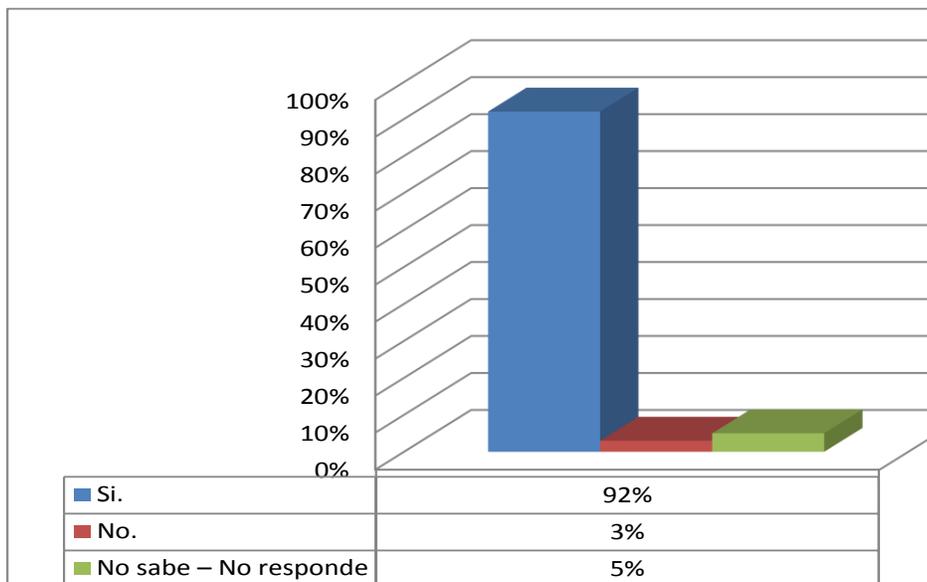
12°. Grafico



**Sinopsis:** El décimo segundo gráfico revela que el 95% de los colaboradores en la encuesta admitió estar de acuerdo con que al no permitirse iniciar la filiación extramatrimonial de hijo de mujer casada con fundamento en el resultado del ADN implica el desconocimiento de su origen biológico. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

13. ¿Está usted de acuerdo con que al no poderse iniciar el proceso de filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada con fundamento en el resultado de la prueba de ADN se vulnera el interés superior del niño a no permitírsele establecer su identidad?

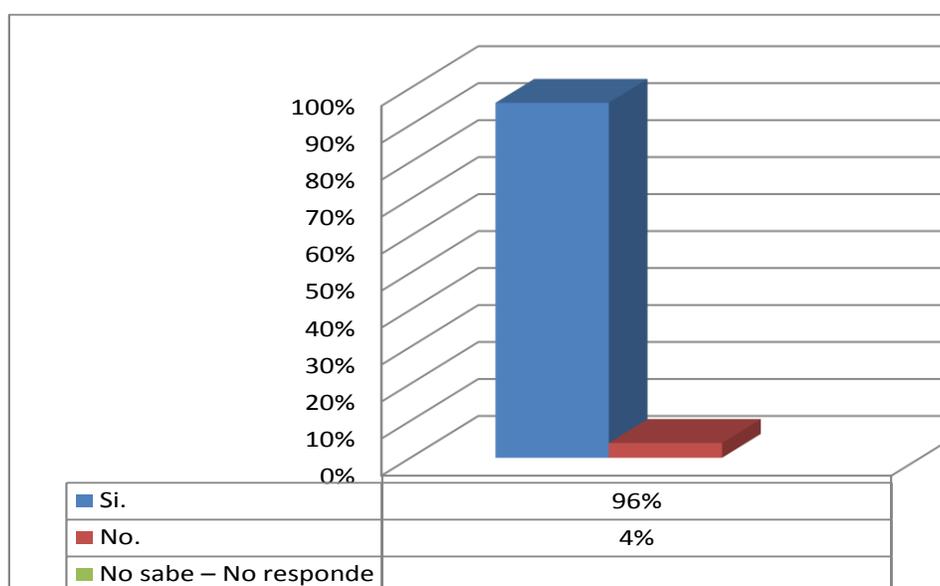
**13°. Gráfico**



**Sinopsis:** El décimo tercer gráfico revela que el 92% de los colaboradores en la encuesta admitió estar de acuerdo con el hecho de que al no poderse iniciar el proceso de filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada con fundamento en el resultado de la prueba de ADN se vulnera el interés superior del niño a no permitírsele establecer su identidad. Resultado que fortalece la investigación efectuada.

14. ¿Está usted que por el hecho de que la impugnación o contestación de la paternidad legal y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada deba ser resuelta a través de un proceso de conocimiento vulnera el interés superior del niño dado que este tipo de procesos suele prolongarse por varios años?

**14°. Gráfico**



**Sinopsis:** El décimo cuarto gráfico revela que el 92% de los colaboradores en la encuesta admitió estar de acuerdo con que por el hecho de que la impugnación o contestación de la paternidad legal y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada deba ser resuelta a través de un proceso de conocimiento vulnera el interés superior del niño dado que este tipo de procesos suele prolongarse por varios años. Resultado que fortalece la investigación efectuada

## V. DISCUSION DE RESULTADOS

### 5.1. De la contrastación estadística

#### ➤ Regresión

Este procedimiento arrojo los siguientes resultados:

Coefficiente de correlación lineal corregido = 54.64% el que da entender una correlación aceptable

Coefficiente de Determinación Lineal = R cuadrado = 82.35% porcentaje que indica de la variación total se debe a la variable independiente y el remanente se imputa a otros factores.

Coefficiente de Correlación (R) = 78.28% (a) lo que indica una correlación buena

Error típico de Estimación = 2.86% el cual expresa la desviación típica de los valores observados respecto de la línea de regresión. Este dato apoya la investigación efectuada por ser menor al error esperado por la investigadora.

#### ➤ Estadísticos

Este procedimiento arrojo los siguientes resultados:

Media o valor promedio de la variable independiente = 91.74%

Media o valor promedio de la variable dependiente= 94.00%.

Estos porcentajes evidencian buen promedio para las variables, pero más alto para la dependiente, que es la que se desea remediar dato que afirma el tipo de investigación efectuado.

Desviación; busca calcular el grado de desviación de los valores respecto a un valor estándar fijado, conforme a la tabla es de: 4.27 % para la variable independiente y 5.54% para la dependiente.

Este resulta permite deducir una alta concentración en los resultados obtenidos; pero, más favorable para la variable dependiente, lo cual afirma el tipo de investigación efectuado.

#### ➤ ANOVA

Este procedimiento arrojo los siguientes resultados:

Estadístico F: = 7.876%, a pesar de no ser muy alto es representativo para la predicción del modelo lineal.

Sig = 3.15% el que confrontado con el error esperado por la investigadora (5.00%) es más bajo, resultado que permite admitir la hipótesis de la investigadora y la inadmisión de la nula y, además afirma el tipo de investigación efectuado

### **5.2. De los resultados encuesta**

- El primer grafico reveló que el 92% de los colaboradores en la encuesta admitieron saber que el interés superior del niño debe ser considerado en todos los procesos o procedimiento referido a menores, consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado, no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El segundo gráfico reveló que el 89% de los colaboradores en la encuesta admitieron conocer que el principio del interés superior del niño prevale sobre los demás intervinientes en el proceso en el que se tomen decisiones respecto a él. Consecuencia semejante a la presentada por Simón (2013).
- El tercer gráfico revela que el 84% de los colaboradores en la encuesta admitieron saber que a pesar de la importancia que tiene el principio interés superior del niño, no ha sido determinado. Consecuencia semejante a la presentada por Simón (2013).

- El cuarto gráfico reveló que el 90% de los colaboradores en la encuesta admitieron conocer que la indeterminación del concepto del interés superior del niño ha sido superada al considerarlo como un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado, no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El quinto gráfico reveló que el 90% de los colaboradores en la encuesta admitieron saber que el interés superior del niño implica que las decisiones que se tomen respecto del menor sean expeditas y eficaces. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado, no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El sexto gráfico reveló que el 87% de los colaboradores en la encuesta admitieron estar de acuerdo con que los procesos en que se decidan aspectos relacionados con niños por aplicación del principio del interés superior de él, deben ser resueltos rápidamente y en su favor. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado, no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El séptimo gráfico reveló que el 88% de los colaboradores en la encuesta admitieron conocer que para poder reconocer extramatrimonialmente al hijo de mujer casada se necesita que el padre legal haya obtenido sentencia favorable en el proceso en que la impugno. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado, no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El octavo gráfico reveló que el 80% de los colaboradores en la encuesta admitieron estar de acuerdo con que el hecho de no tener sentencia favorable en el proceso impugnación de la paternidad legal impide que esta sea declarada judicialmente o reconocida por el padre biológico. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se

halla examinado, no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.

- El noveno gráfico reveló que el 81% de los colaboradores en la encuesta admitieron saber que la impugnación o contestación de la paternidad legal debe ser resuelta a través de un proceso de conocimiento, al igual que la declaración judicial de paternidad. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado, no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El décimo gráfico reveló que el 95% de los colaboradores en la encuesta admitieron compartir la opinión de que debido a los plazos fijados en el proceso de conocimiento su decisión final puede tardar varios años. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado, no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El décimo primer gráfico reveló que el 80% de los colaboradores en la encuesta admitieron saber que la filiación extramatrimonial no puede ser promovida con fundamento en el resultado de la prueba de ADN. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado, no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El décimo segundo gráfico reveló que el 95% de los colaboradores en la encuesta admitieron estar de acuerdo con que al no permitirse iniciar la filiación extramatrimonial de hijo de mujer casada con fundamento en el resultado del ADN implica el desconocimiento de su origen biológico. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado, no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.

- El décimo tercer gráfico reveló que el 92% de los colaboradores en la encuesta admitieron estar de acuerdo con el hecho de que al no poderse iniciar el proceso de filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada con fundamento en el resultado de la prueba de ADN se vulnera el interés superior del niño a no permitírsele establecer su identidad. Resultado que fortalece la investigación efectuada. Consecuencia que no ha sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado, no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.
- El décimo cuarto gráfico reveló que el 92% de los colaboradores en la encuesta admitieron estar de acuerdo con que por el hecho de que la impugnación o contestación de la paternidad legal y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada deba ser resuelta a través de un proceso de conocimiento vulnera el interés superior del niño dado que este tipo de procesos suele prolongarse por varios años. Consecuencia que no a sido cotejada, debido la carencia de investigaciones en las que se halla examinado, no obstante, el dato es adecuado y no existe desacuerdo al respecto.

## VI. Conclusiones

1. El interés superior del niño se ve vulnerado en la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada debido a que la presunción de paternidad matrimonial *pater est*, como rezago de la protección al honor del hombre que contrajo matrimonio valido y de la institución familiar; *impide* que el niño conozca su verdadero origen biológico y a partir de él pueda establecer su filiación la cual determina su identidad y los demás derechos inherentes a ésta.
2. El hecho de exigirse, como presupuesto procesal previo para poder iniciar un proceso de filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada, sentencia favorable a la impugnación de paternidad del padre legal, es una circunstancia que contribuye a la vulneración del interés superior del niño, pues en la práctica se constituye en una acción innecesaria que bien se podría acumular al proceso de filiación extramatrimonial para que de manera pronta y eficaz se pueda conocer la verdadera filiación de este niño, en lugar de esperar su resolución en este proceso autónomo lo cual puede demandar varios años.
3. Dentro del marco de la regulación de la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada, para que un menor concebido por un hombre que no es cónyuge de su madre, pueda ser reconocido por su verdadero padre se deben iniciar dos procesos de conocimiento diferentes: el primero por el padre legal para impugnar su paternidad legal dentro del cual el Juez debe declara que no es hijo; y, el segundo el de filiación extramatrimonial propiamente dicha; lo cual atendiendo a los plazos legales previstos para este tipo de proceso, puede llevar a que su vínculo paterno filial se establezca después varios años.
4. En la práctica, el hijo nacido de una mujer con vínculo matrimonial vigente pero cuyo padre biológico no es su cónyuge, esta siendo discriminado al momento de establecer su verdadera filiación pues, esta determinación, a pesar de que esta circunstancia se haya demostrado científicamente a través del resultado de la prueba de ADN, no puede ser aceptada legalmente de inmediato sino que

depende del resultado de dos procesos de conocimiento que se prologan por años, mientras que al hijo extramatrimonial, con fundamento en la misma prueba científica, puede establecerse su filiación en solo unos pocos meses a través del proceso especial reglamentado en las Leyes. 28457 y 29281.

## **VII. Recomendaciones**

1. Se recomienda a los Legisladores del Perú iniciar un debate para modificar el artículo 402 del Código Civil, posibilitando que la filiación extramatrimonial de hijo de mujer casada pueda ser demandada con fundamento en el resultado de la prueba de ADN, debiéndose establecer como obligatoria la citación del padre legal.
2. Se exhorta a los legisladores del Perú ha regular a través de una Ley especial, como debe ser aplicado el interés superior del niño como derecho, principio y norma de procedimiento en los diversos procesos pues de la manera como han sido mencionados en la Ley 30466 resultan conceptos inciertos.
3. Se exhorta a la Corte Suprema de Justicia para que a través de Pleno Casatorio precisa la manera como debe aplicar el interés superior del niño de acuerdo a lo previsto en el artículo dos de la Ley 30466 es decir, como derecho, principio y norma de procedimiento.

## VIII. Referencias

- Aguilar, B. (2016). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima. Perú: Lex & Iuris.
- Arias, J. (1952) *Derecho de Familia*. Segunda edición. Buenos Aires. Argentina. Editorial Kraft Limitada.
- Baeza, G. (2001) El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación Nacional y aplicación en la jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho / Facultad de Derecho*. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 28, (2), pp. 355-362. Recuperada de <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14905/000334708.pdf?sequence=1>
- Baqueiro, E. y Buenrostro, R (1994) *Derecho de familia y sucesiones*. México D.F. Harla S.A.
- Bautista, P. y Herrero, J. (2006). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Perú. Ediciones Jurídicas.
- Beristain, C. et al (2007) *Justicia y reparación para mujeres víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno*. Lima. Perú. Ediciones Nova Print SAC
- Cea, J. (2008). *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile. Editorial UC.
- Cillero, M. (1997) Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de Principios. *Boletín del instituto Interamericano del Niño* (234)
- Cillero, M. (1999) El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En *Justicia y derechos del niño* (1) UNICEF. Santiago, Chile: Nuevamérica Impresores.

Cillero, M. (2001) Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva. *Justicia y Derechos del Niño UNICEF* (3) pp. 49-64.

Cillero, M. (2010) El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En *Derechos y Garantías de la Niñez y la Adolescencia: Hacia la Consolidación de la Doctrina de Protección Integral*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, UNICEF y ACNUDH: Recuperado de <https://www.unicef.org/ecuador/Derechos-garantias-ninez.pdf>

Congreso de la República (27 de mayo de 2016) Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño. Ley N° 30466. El peruano 17 de junio de 2016. Recuperada de <https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2016/06/Nueva-Ley-N%C2%BA-30466-fija-par%C3%A1metros-para-garantizar-el-inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o.pdf>

Congreso de la República (28 de diciembre de 1999) Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad. Ley N° 27048 Recuperada de [https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/diff/normatividad\\_nacional\\_paternidad/3\\_Ley\\_27048.pdf](https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/diff/normatividad_nacional_paternidad/3_Ley_27048.pdf)

Congreso de la República (7 de enero de 2005) Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extrajudicial. Ley No. 2857 recuperada de <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/28457-jan-7-2005.pdf>

Consejo de Europa (24 de abril de 1967) Convenio Europeo sobre adopciones. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2011/07/13/pdfs/BOE-A-2011-12066.pdf>

Consejo de Europa (20 de mayo de 1980) Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de

menores, así como al restablecimiento de dicha custodia  
[https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/convenioLuxemburgo\(1\).pdf](https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/convenioLuxemburgo(1).pdf)

Consejo de Europa (25 de Enero de 1996) Convención Europea sobre el ejercicio de los Derechos del Niño. Recuperada de <https://www.humanium.org/es/convenio-europeo-sobre-el-ejercicio-de-los-derechos-de-los-ninos/>

Cornejo, H. (1999). *Derecho Familiar Peruano*. Lima. Perú: Gaceta Jurídica Editores.

Corral, H. (2003) La filiación matrimonial. *Actualidad Jurídica*, 4(7) pp. 241-262. Recuperado de <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/la-filiacion-matrimonial.pdf>

Corte Constitucional de Colombia (22 de enero de 1998). Sentencia C-004/98. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-004-98.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de febrero de 2012) Sentencia. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile Recuperada de [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)

Famá, M. (2009). *La filiación. Régimen constitucional, Civil y Procesal*. Buenos Aires. Argentina. Abeledo Perrot.

Flores, P. (2015). *El Reconocimiento Extramatrimonial del hijo de la mujer casada. Análisis y Nueva Perspectiva*. Trabajos de Investigación. Recuperado de [http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/1091/1/flores\\_fpj.pdf](http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/1091/1/flores_fpj.pdf)

- Garrido, R. (2013). El interés superior del niño y el razonamiento jurídico. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, (7) pp. 115-147. Recuperado de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2007-43872013000100006&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872013000100006&lng=es&tlng=es) .
- Hernández, C. (2014) *Proyecto de Código de Procedimientos Familiares para el Estado de San Luis Potosí, Enfocado a la Protección del Bien Superior de Niñas, Niños y Adolescentes como Garantía de sus Derechos Humanos*. Tesis Maestría Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México. Recuperada de [https://www.google.com/search?q=san+luis+potos%C3%AD+capital&rlz=1C1AOHY\\_esPE708PE708&oq=San+Luis+Potos%C3%AD&aqs=chrome.4.69i57j0l5.5466j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=san+luis+potos%C3%AD+capital&rlz=1C1AOHY_esPE708PE708&oq=San+Luis+Potos%C3%AD&aqs=chrome.4.69i57j0l5.5466j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8)
- Hierro, L. (2007) El niño y los derechos humanos en *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Campoy Cervera, Primera edición, Madrid Dykinson.
- Jara, R. y Gallegos, Y. (2015) *Manual de Derechos de Familia*. Lima. Perú. Jurista Editores
- Méndez, J. (2006). *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires. Argentina.: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Morales, M. (2017) *El interés superior del niño en el proceso de tenencia*. Tesis Maestría Universidad Nacional Federico Villarreal. Loma. Perú. Recuperada de [file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario/Mis%20documentos/Downloads/UNFV\\_MORALES\\_CHIQUILLANQUI\\_MIRIAM\\_JULIA\\_MAESTRIA\\_2017%20\(1\).pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario/Mis%20documentos/Downloads/UNFV_MORALES_CHIQUILLANQUI_MIRIAM_JULIA_MAESTRIA_2017%20(1).pdf)

Moscol, M. (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*. Tesis Pregrado Universidad de Piura. Perú. Recuperada de [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2477/DER\\_056.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2477/DER_056.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Organización de las Naciones Unidas (16 de diciembre de 1966) Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948) Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperada de [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

Organización de las Naciones Unidas (13 de diciembre del 2006) Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad. Recuperada de <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/03/CONVENCION-SOBRE-DERECHOS-PERSONAS-DISCAPACIDAD.pdf>

Organización de las Naciones Unidas (18 de diciembre de 1979) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperada de [https://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo\\_web.pdf](https://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf)

Organización de las Naciones Unidas (18 de diciembre de 1979) Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Recuperada de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (20 de noviembre de 1959) Declaración de los Derechos del Niño. Recuperada de <https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>

Organización de las Naciones Unidas (20 de noviembre de 1989) Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperada de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Organización de las Naciones Unidas (25 de junio de 1993) Declaración y Programa de Acción de Viena. Recuperada de [https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_Spanish.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf)

Organización de las Naciones Unidas (28 de noviembre de 1985) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores Recuperada de <http://www.cidh.org/ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf>

Organización de las Naciones Unidas (3 de diciembre de 1986) Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional. Recuperada de <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20sobre%20los%20Principios%20Sociales%20y%20Jur%C3%ADdicos%20relativos%20a%20la%20protecci%C3%B3n%20y%20el%20bienestar%20de%20los%20ni%C3%B1os%20Republica%20Dominicana.pdf>

Organización de los Estados Americanos (18 de marzo de 1994) Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores recuperada de

<https://iberred.org/sites/default/files/convencin-inter.-sobre-trfico-internacional-de-menores.pdf>

Organización de los Estados Americanos (1948) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Recuperada de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Organización de los Estados Americanos (21 de agosto de 1987) Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores. Recuperada de [https://www.oas.org/dil/esp/Convencion\\_Interamericana\\_sobre\\_Conflictos\\_de\\_Leyes\\_en\\_materia\\_de\\_Adopcion.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_Interamericana_sobre_Conflictos_de_Leyes_en_materia_de_Adopcion.pdf)

Organización de los Estados Americanos (22 de noviembre de 1969) Convención Interamericana de Derechos Humanos. Recuperada de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

Organización para la Unidad Africana (11 de julio de 1990) Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño. Recuperada de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8025.pdf?view>

Parlamento Europeo (21 de Septiembre de 1992) Carta Europea de los derechos del niño. Recuperada de <https://www.caib.es/sacmicrofront/archivopub.do?ctrl=MCRST97ZI36262&id=36262>

Petit, E., (1999). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Reimpresión, Buenos Aires. Editorial Universidad.

Plácido, A. (2003). *Filiación y Patria Potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Lima. Perú. Gaceta Jurídica.

Plácido, A. (2003). *Filiación y Patria Potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Lima. Perú. Gaceta Jurídica.

Plácido, A. (2015) *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima. Perú. Instituto Pacífico.

Presidente de la República (23 de agosto de 2018) Decreto Legislativo que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes. Decreto Legislativo N° 1377. El Peruano 24v de agosto de 2018. Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-fortalece-la-proteccion-integral-de-decreto-legislativo-n-1377-1684460-1>

Presidente de la República (30 de mayo de 2018) Reglamento de la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP. El peruano 1 de junio de 2018. Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/aprueban-reglamento-de-la-ley-n-30466-ley-que-establece-pa-decreto-supremo-n-002-2018-mimp-1654825-3>

Rueda, L. (2001) Filiación”. En: Delgado, J. (coordinador): *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo IV- Familia, Vol.1. Madrid. España. Civitas.

Salado, A. (2010) Los derechos del niño ante la administración de justicia. En *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales*. Madrid. España. Marcial Pons,

Sandoval, E. y Saravia, H. (2018) *La tenencia del niño y su principio de interés superior*. Tesis Maestría. Universidad Nacional de la Amazonia Peruana. Iquitos. Perú. Recuperada de [http://repositorio.unapiquitos.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/5349/Elba\\_Tesis\\_Maestria\\_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unapiquitos.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/5349/Elba_Tesis_Maestria_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Santamaría, M. (2017) *La delimitación del Interés Superior del Niño en una media de carácter institucional*. Tesis Doctoral. Universidad Nacional da

- Cataluña. Barcelona. España. Recuperada de [https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/565731/Tesi\\_Mar%C3%ADa\\_Luisa\\_Santamar%C3%ADa\\_P%C3%A9rez.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/565731/Tesi_Mar%C3%ADa_Luisa_Santamar%C3%ADa_P%C3%A9rez.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Simón, F. (2008) *Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Quito. Ecuador. Editorial Cevallos.
- Simon, F. (2013) *Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. Tesis Doctoral. Universidad. Universidad de Salamanca- España. Recuperada de [https://gedos.usal.es/bitstream/handle/10366/124216/DDP\\_Sim%F3nCam%F1a\\_Farith\\_Tesis.pdf?sequence=1](https://gedos.usal.es/bitstream/handle/10366/124216/DDP_Sim%F3nCam%F1a_Farith_Tesis.pdf?sequence=1)
- Sipán, M. (2017) “El Derecho a la identidad y la contestación de la Paternidad” *Revista del Instituto de la Familia Facultad de Derecho. Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Persona y familia* (6) pp. 203-213. Recuperada de <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario/Mis%20documentos/Downloads/477-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1262-1-10-20180207.pdf>
- Sokolich, M. La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano (2013) *VOX JURIS*, 25 (1), pp. 81-90. Lima (Perú)
- Tamayo, M.: (1989) *El Ordenamiento Jurídico para el Menor*. Lima. Perú. ed. Bekos.
- Tribunal Constitucional (6 de noviembre de 2007) Sala Primera. Exp. 06572-2006-PA/TC Piura. Recuperada de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/2011/01/21/sentencia-del->

[tribunal-constitucional-otorgando-pension-de-viudez-sustentado-en-una-convivencia-extramatrimonial/](#)

Tribunal Constitucional, Sala Segunda (30 de abril de 2014) Sentencia Exp. N.º 04058-2012-PA/TC Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04058-2012-AA.html>

UNICEF (2009). *Estado Mundial de la Infancia. Edición Especial. Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Nueva York. EEUU. UNICEF

Valencia, J. (2009) Evolución de la normativa sobre los Derechos del Niño en la legislación peruana. En *Justicia y Derechos del Niño* (11) pp. 145-164 recuperada de [http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc\\_wp/Justicia\\_y\\_Derechos\\_11\\_web.pdf](http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Justicia_y_Derechos_11_web.pdf)

Valencia, J. Yáñez A. & Capuñay, L.: (1997) *Los Derechos del Niño y el Adolescente. Compilación: Código de los Niños y Adolescentes, Exposición de Motivos y Convención sobre los Derechos del Niño*. Edición Oficial. Ministerio de Justicia. Lima. Perú. Radda Barnen.

Valverde, C. (1926) *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo IV. Tercera Edición. Valladolid. España. Talleres Tipográficos “Cuesta”.

Vargas, R. (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* Tesis Maestría. Universidad Nacional de San Marcos Lima. Perú.

Varsi, E. (1999) *Filiación, derecho y genética*. Lima. Perú. Universidad de Lima. Fondo de Cultura Económica.

Varsi, E. (2002). *La Filiación ¡No es cuestión de sexo, es cuestión de piel!*. Lima. Perú. Gaceta Jurídica.

- Varsi, E. (2004). *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima. Perú. Grijley.
- Varsi, V. (2013). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima. Perú. Gaceta Jurídica.
- Weinberg, Inés. (2002). *Convención sobre los derechos del niño*. Buenos Aires. Argentina. Rubinal-Culzoni Editores.
- Zamora, J. (2017) *La custodia compartida y el principio constitucional del interés superior del niño*. Tesis Maestría. Universidad Regional Autónoma de los Andes “Uniandes” Ambato-Ecuador. Recuperada de <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/6689/1/PIUAMDP034-2017.pdf>
- Zannoni, E. (1998). *Derecho de Familia - Tomo 2*. Buenos Aires. Argentina. Astrea
- Zannoni, E. (2006). *Derecho de Familia*. Tomo 2. Buenos Aires. Argentina.: Astrea.
- Zannoni, E., & Bossert, G. (2000). *Manual de derecho de familia*. 5ta edición. Buenos Aires: Astrea.

**IX. ANEXOS**

**ANEXO No. 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA  
“VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL  
DEL HIJO DE MUJER CASADA”**

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES
<p><b>PROBLEMA GENERAL:</b></p> <p>¿Porque motivos la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada vulnera el interés superior del niño?</p> <p><b>PROBLEMAS ESPECÍFICOS:</b></p> <p>1) ¿Porque causa la obligación de impugnar la paternidad legal del hijo matrimonial vulnera el interés superior del niño en la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada?</p> <p>2) ¿Porque motivo la imposibilidad de declarar judicialmente la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada con fundamento en el resultado de una prueba de ADN vulnera el interés superior del niño?</p>	<p><b>OBJETIVO GENERAL:</b></p> <p>Mencionar motivos por los cuales la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada vulnera el interés superior del niño</p> <p><b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</b></p> <p>1. Indicar por que causa la obligación de impugnar la paternidad legal del hijo matrimonial vulnera el interés superior del niño en la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada</p> <p>2. Explicar porque motivo la imposibilidad de declarar judicialmente la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada con fundamento en el resultado de una prueba de ADN vulnera el interés superior del niño</p>	<p><b>HIPOTESIS GENERAL:</b></p> <p>La filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada vulnera el interés superior del niño debido a que la ley prohíbe declararla judicialmente si previamente el padre legal no ha obtenido sentencia judicial emitida en juicio de impugnación de la paternidad y porque no se puede declarar con fundamento en el resultado de la prueba de ADN.</p> <p><b>HIPOTESIS ESPECÍFICAS:</b></p> <p>1) La obligación de impugnar la paternidad legal del hijo matrimonial vulnera el interés superior del niño porque implica la realización previa de un proceso de conocimiento que puede prolongarse por varios años.</p> <p>2) La imposibilidad de declarar judicialmente la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada con fundamento en el resultado de una prueba de ADN vulnera el interés superior del niño porque debido a un excesivo formalismo de la legislación civil, desconoce el origen biológico del menor establecido científicamente.</p>	<p><b><u>VARIABLE INDEPENDIENTE</u></b></p> <p><b>X. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO</b></p> <p><b>Indicadores:</b></p> <p>X.1. Debe ser observado en todo proceso referido a menores X.2. Concepto indeterminado X.3. Medidas expeditas y eficaces</p> <p><b><u>VARIABLE DEPENDIENTE</u></b></p> <p><b>Y. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA</b></p> <p><b>Indicadores</b></p> <p>Y.1. Sentencia favorable contestación de hijo matrimonial Y.2. Proceso de conocimiento Y.3. No se puede iniciar con fundamento en el ADN</p>

**ANEXO No. 2:**  
**INSTRUMENTO: ENCUESTA**

**FICHA TÉCNICA DEL INSTRUMENTO A UTILIZAR**

- INVESTIGACIÓN TITULADA: “VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA”
- INVESTIGADOR: HUAMANI HUAMANI MARIELA
- ENTIDAD ACADÉMICA: UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLARREAL
- NIVEL ACADÉMICO: MAESTRIA
- ESPECIALIDAD: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL
- MARGEN DE ERROR ASUMIDO: 5%
- No. DE ENCUESTADOS: 52
- LUGAR DE APLICACIÓN: CORTE SUPERIOR DE LIMA CENTRO
- TEMAS A EVALUAR: INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA
- TIPO DE PREGUNTAS: CERRADAS
- NÚMERO DE PREGUNTAS: 14

### CUESTIONARIO EMPLEADO

ÍTEM	INTERROGANTE	SI	NO	N/R
<b>INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO</b>				
01	¿Sabía usted que el interés superior del niño debe ser considerado en todos los procesos o procedimiento referido a menores?			
02	¿Conocía usted que el principio del interés superior del niño prevalece sobre los demás intervinientes en el proceso en el que se tomen decisiones respecto a él?			
03	¿Sabía usted que a pesar de la importancia que tiene el principio interés superior del niño, no ha sido determinado?			
04	¿Conocía usted que la indeterminación del concepto del interés superior del niño ha sido superada al considerarlo como un derecho, un principio y una norma de procedimiento?			
50	¿Sabía usted que el interés superior del niño implica que las decisiones que se tomen respecto del menor sean expeditas y eficaces?			
06	¿Está usted de acuerdo con que los procesos en que se decidan aspectos relacionados con niños por aplicación del principio del interés superior de él, deben ser resueltos rápidamente y en su favor?			

<b>FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA</b>				
07	¿Conocía usted que para poder reconocer extramatrimonialmente al hijo de mujer casada se necesita que el padre legal haya obtenido sentencia favorable en el proceso en que la impugno?			
08	¿Está usted de acuerdo con que el hecho de no tener sentencia favorable en el proceso impugnación de la paternidad legal impide que esta sea declarada judicialmente o reconocida por el padre biológico?			
09	¿Sabía usted que la impugnación o contestación de la paternidad legal debe ser resuelta a través de un proceso de conocimiento, al igual que la declaración judicial de paternidad?			
10	¿Comparte usted la opinión de que debido a los plazos fijados en el proceso de conocimiento su decisión final puede tardar varios años?			
11	¿Sabía usted que la filiación extramatrimonial no puede ser promovida con fundamento en el resultado de la prueba de ADN?			
12	¿Está usted de acuerdo que al no permitirse iniciar la filiación extramatrimonial de hijo de mujer casada con fundamento en el resultado del ADN implica el desconocimiento de su origen biológico?			

13	<p>¿Está usted de acuerdo con que al no poderse iniciar el proceso de filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada con fundamento en el resultado de la prueba de ADN se vulnera el interés superior del niño a no permitírsele establecer su identidad?</p>			
14	<p>¿Está usted que por el hecho de que la impugnación o contestación de la paternidad legal y la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada deba ser resuelta a través de un proceso de conocimiento vulnera el interés superior del niño dado que este tipo de procesos suele prolongarse por varios años?</p>			

**ANEXO No. 3:**

**VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO POR EXPERTO**

Luego de examinado el instrumento empleado en la investigación titulada “**VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA**”, presento la siguiente evaluación:

<b>Ítem</b>	<b>Interrogante</b>	<b>50</b>	<b>60</b>	<b>70</b>	<b>80</b>	<b>90</b>	<b>100</b>
1	¿En qué porcentaje se logrará contrastar la hipótesis?				X		
2	¿En qué porcentaje las preguntas se refirieren a las variables, e indicadores de la investigación?					X	
3	¿En qué porcentaje los interrogantes permitirán lograr el objetivo general de la investigación?				X		
4	¿En qué porcentaje, las preguntas son de fácil comprensión?					X	
5	¿Qué porcentaje de preguntas siguen una secuencia lógica?					X	
6	¿En qué porcentaje se obtendrán datos similares con esta prueba aplicándolo en otras muestras?					X	

**DR. EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI**

Docente de la Universidad Nacional Federico Villarreal- Lima – Perú.

## ANEXO No. 4:

### CONFIABILIDAD DEL INSTRUMENTO DETERMINADA POR EXPERTO

Se ha determinado la confiabilidad del instrumento que se utilizará en este trabajo titulado **“VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA”** por cuanto es factible de reproducción por otros investigadores o la aplicación a otras entidades similares.

Es decir, los resultados obtenidos con el instrumento en una determinada ocasión, bajo ciertas condiciones, serán similares si se volviera a medir el mismo rasgo en condiciones idénticas. Este aspecto de la razonable exactitud con que el instrumento mide lo que se ha pretendido medir es lo que se denomina la confiabilidad del instrumento.

En este sentido, el término confiabilidad del instrumento es equivalente a los de estabilidad y predictibilidad de los resultados que se lograrán. Esta es la acepción generalmente aceptada por los investigadores, lo cual es posible de lograr en este trabajo de investigación.

Otra manera de aproximarse a la confiabilidad del instrumento es preguntarse: ¿Hasta dónde los resultados obtenidos con el instrumento constituyen la medida verdadera de las variables que se pretenden medir? Esta acepción del término confiabilidad del instrumento es sinónimo de seguridad; la misma que es factible de lograr con el instrumento a utilizar en este trabajo de investigación.

Existe una tercera posibilidad de enfocar la confiabilidad de un instrumento; ella responde a la siguiente cuestión: ¿cuánto error está implícito en la medición de un instrumento? Se entiende que un instrumento es menos confiable en la medida que hay un mayor margen de error implícito en la medición. De acuerdo con esto, la confiabilidad puede ser definida como la ausencia relativa de error de medición en el instrumento; es decir, en este contexto, el término confiabilidad es sinónimo de precisión. En este trabajo se ha establecido un margen de error del 5% que es un porcentaje generalmente aceptado por los investigadores; lo que le da un nivel razonable de precisión al instrumento.

La confiabilidad del instrumento también puede ser enfocada como el grado de homogeneidad de los ítems del instrumento en relación con las variables. Es lo que se denomina la confiabilidad de consistencia interna u homogeneidad. En este trabajo de tiene un alto grado de homogeneidad.

Determinada la confiabilidad del instrumento por:

**DR. EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI**

Docente de la Universidad Nacional Federico Villarreal- Lima – Perú.