



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

TÍTULO:

RAZONES JURÍDICAS PARA LA REGULACIÓN DE LA FILIACIÓN
SOCIOAFECTIVA EN EL DERECHO DE FAMILIA

AUTOR:

EDSON EDILBER SILVA ZELADA

ASESORA:

DRA. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO

Cajamarca, Perú

Septiembre 2024



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

Norte de la Universidad Peruana
Fundada por Ley N.° 14015 del 13 de febrero de 1962



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y POLÍTICAS, IUIP

"Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la conmemoración de las Heroicas Batallas de Junín y Ayacucho"

La directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Dra. Cs. Teresa Ysabel Terán Ramírez, emite el siguiente:

CERTIFICADO DE ORIGINALIDAD DE TESIS

ESCUELA PROFESIONAL	Derecho
DOCUMENTO EVALUADO	Tesis de Pregrado
AUTOR	Bach. Edson Edilber Silva Zelada
TÍTULO	RAZONES JURÍDICAS PARA LA REGULACIÓN DE LA FILIACIÓN SOCIOAFECTIVA EN EL DERECHO DE FAMILIA
DOCENTE EVALUADOR	Dra. Cs. María Isabel Pimentel Tello
PORCENTAJE DE SIMILITUD SEGÚN REPORTE	6%

Observación:

La evaluación ha sido realizada por la docente asesora de la tesis mencionada, aplicando el *software* antiplagio Turnitin, en cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva N.° 01-2020-VRI-UNC, aprobada por Resolución de Consejo Universitario N.° 0937-2020-UNC, su fecha 25 de junio de 2020. El reporte respectivo obra en el expediente correspondiente al Bach. Edson Edilber Silva Zelada.

CONCLUSIÓN: La tesis antes indicada, cumple con el **REQUISITO DE ORIGINALIDAD** correspondiente, de acuerdo al contenido de la norma antes señalada. El carácter de originalidad de la tesis ha sido determinado por el porcentaje de similitud según reporte derivado del uso del *software* antiplagio Turnitin.

OBSERVACIONES: Ninguna.

Cajamarca, 11 de junio de 2024.

Cc. Archivo



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas

Dra. Cs. Teresa Ysabel Terán Ramírez
DIRECTORA

ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

En la ciudad de Cajamarca, siendo las once horas de la mañana con diez minutos del día nueve de septiembre del año dos mil veinticuatro, reunidos en la Sala de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, los integrantes del Jurado N° 02, presidido por el Doctor Jorge Luis Salazar Soplapuco e integrada por el Abogado José Olinto Araujo Vera, en calidad de Secretario y la Doctora Sandra Verónica Manrique Urteaga, en calidad de Vocal, designados mediante Resolución N° 005-2024-FDCP-UNC, de fecha 22 de febrero de 2024, con la finalidad de llevar a cabo la sustentación de Tesis titulada: **“RAZONES JURÍDICAS PARA LA REGULACIÓN DE LA FILIACIÓN SOCIOAFECTIVA EN EL DERECHO DE FAMILIA”**; presentado por el Bachiller en Derecho **EDSON EDILBER SILVA ZELADA**; con la finalidad de optar el Título Profesional de Abogado. En este sentido, se dio inicio al acto académico concediéndole al sustentante el plazo reglamentario, luego de lo cual se procedió a formular observaciones y preguntas por parte de los integrantes del jurado evaluador, las cuales fueron absueltas por el bachiller en mención, posteriormente, se invitó al sustentante a abandonar la sala con la finalidad de deliberar y calificar su desempeño, siendo el resultado: **APROBAR POR MAYORÍA, CON CALIFICATIVO DE 13 (TRECE)**, con lo que concluyó el acto académico, siendo las doce del mediodía del día con quince minutos, procediendo con la firma de los intervinientes.



Dr. JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO
PRESIDENTE



SANDRA V. MANRIQUE URTEAGA
VOCAL



JOSÉ OLINTO ARAUJO VERA
SECRETARIO



EDSON EDILBER SILVA ZELADA
BACHILLER

A:

Este trabajo va dedicado a Dios por la fortaleza, la fuerza y el entendimiento necesario, sin él no hubiere logrado llegar hasta este momento tan importante de mi vida, también a mis padres Clorilde Zelada Vera y Edilber Cayetano Silva Velásquez, por su apoyo continuo, tanto moral como económico sin ellos no hubiese sido posible alcanzar la meta trazada

“El vínculo que te une a tu verdadera familia no es el de la sangre, sino el del respeto y la alegría que tú sientes por las vidas de ellos y ellos por la tuya”

(Richard Bach).

“Un padre no es el que da la vida, eso sería demasiado fácil, un padre es el que da el amor” (Denis Lord)

TABLA DE CONTENIDO

A:.....	2
AGRADECIMIENTO	8
LISTA DE ABREVIACIONES.....	9
GLOSARIO	10
RESUMEN.....	11
<i>ABSTRACT</i>	12
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I.....	15
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	15
1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA.....	15
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	23
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	24
1.4. JUSTIFICACIÓN	24
1.5. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES	25
1.5.1. Delimitación	25
1.5.2. Limitaciones.....	25
1.6. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	25
1.7. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN	27
1.7.1. De acuerdo al fin que persigue	27
1.7.2. De acuerdo al diseño de investigación	27
1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	28

1.8. HIPÓTESIS	28
1.9. OBJETIVOS	29
1.9.1. Objetivo general.....	29
1.9.2. Objetivos específicos	29
1.10. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	30
1.10.1. Métodos genéricos.....	30
1.10.2. Propios del derecho	31
1.11. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	32
1.11.1. Técnicas de investigación	32
1.11.2. Instrumentos de investigación.....	33
1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN	33
1.13. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	33
CAPÍTULO II	34
MARCO TEÓRICO	34
2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO	34
2.2. ASPECTOS TEÓRICOS, DOCTRINARIOS, CONSTITUCIONALES, LEGALES O CONCEPTUALES	37
2.2.1. Estado constitucional de derecho y la tutela judicial de los niños, niñas y adolescentes	37
2.2.2. Fundamentos del derecho a la identidad.....	39
2.2.3. Fundamentos del interés superior del niño en la filiación socio afectiva	42

2.2.4. Fundamentos del derecho a vivir y tener una familia digna los niños, niñas y adolescentes	46
2.2.5. Fundamentos filosóficos de la familia	50
2.2.6. Familia y derecho de familia	51
2.2.7. El derecho de familia	55
2.2.8. Filiación, nexo biológico y nexo jurídico	56
2.2.9. Fundamentos de la filiación socio afectiva	57
2.2.10. Filiación socioafectiva en la doctrina comparada	61
2.2.11. Desarrollo integral y una vida digna de los niños como consecuencia de la filiación socioafectiva.....	63
2.2.12. La protección de la Familia a través del cumplimiento de los derechos y deberes familiares	65
2.2.13. Jurisprudencia nacional relacionada con la filiación socio afectiva	67
2.2.15. Jurisprudencia comparada relacionada con la filiación socio afectiva	69
CAPÍTULO III	70
CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	70
3.1. El derecho a la identidad dinámica como consecuencia de la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y el respeto mutuo que determinan la personalidad del sujeto	71

3.2. El derecho a una familia digna de los niños, niñas y adolescentes, porque la familia no puede ser entendida de manera aislada, sino en concordancia con la pluralidad familiar.....	83
3.3. La protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes para favorecer el desarrollo psicológico y los lazos afectivos producto del deseo y la voluntad de las personas, que afirman y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo.....	92
CAPÍTULO IV.....	101
PROYECTO DE LEY.....	101
CONCLUSIONES.....	112
RECOMENDACIONES.....	114
LISTA DE REFERENCIAS.....	115

AGRADECIMIENTO

A los docentes de la Universidad Nacional de Cajamarca que fueron parte de mi formación profesional.

Agradecer a mi asesora de tesis la Dra. María Isabel Pimentel Tello, por su guía y su corrección continúa del trabajo, también agradecer al Dr. Luis Aliaga Cabrera, por su apoyo metodológico para la culminación de la tesis.

LISTA DE ABREVIACIONES

Art.	: Artículo
C.C.	Código Civil.
Const.	: Constitución.
CNA	Código de los Niños y Adolescentes.
Const.	Constitución Política del Perú.
D.N.I.	: Documento Nacional de Identidad.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
NNA	Niños, niñas y adolescentes.
RENIEC	Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

GLOSARIO

Filiación socioafectiva

Esta figura tiene que ver con la “habilidad para establecer relaciones adecuadas con otros, a partir del manejo y la comprensión de contenidos sociales asociados con sentimientos, intereses, motivaciones y necesidades personales” (Zúñiga Rodríguez, 2012, p. 3).

Paterno filial

El Diccionario de la Real Academia Española señala que paterno filial, es aquella relación “perteneiente o relativo al padre, o al padre y la madre, y a su hijo”.

Padre biológico

Padre biológico, es aquella persona (varón), que ha contribuido con la mitad de la estructura genética del niño o niña en coordinación con la madre.

Padre no biológico

Padre no biológico es aquella persona que no ayudó a contribuir con la estructura genética del niño o niña, pero que la ley le reconoce como el padre legal del niño, niña o adolescente.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo general: Determinar las razones jurídicas para la regulación de la filiación socioafectiva en el derecho de familia peruano; para lograr el objetivo planteado, la investigación es de tipo básica, de alcance descriptivo, explicativo, propositivo y cualitativo.

Los métodos que se han utilizado son el deductivo-inductivo y el analítico-sintético como métodos generales y los propios del derecho, el dogmático jurídico, la hermenéutica, la exégesis y el método de la argumentación jurídica; las técnicas utilizadas son la observación documental y el análisis discursivo, los instrumentos utilizados, las fichas bibliográficas y el discurso.

Dentro del marco teórico, se ha desarrollado el aspecto iusfilosófico, sustentado en el positivismo y postpositivismo jurídico, en los aspectos teóricos, doctrinarios, constitucionales, legales o conceptuales, se ha desarrollado como base de la investigación el derecho a la identidad, el interés superior del niño y los fundamentos de la familia; la investigación devela que la socio afectividad es una nueva forma de filiación producto de la convivencia continua, el afecto entre hijos y padres no biológicos, comprobándose de esta manera cada una de las categorías de la hipótesis, la conclusión a la que se arribó es que la identidad dinámica no solo se basa en el reconocimiento biológico, sino en hechos basados en el respeto mutuo, recíproco de ida y vuelta como padre e hijo.

Palabras Clave: Derecho a la identidad, interés superior del niño, principio de protección de la familia, filiación socioafectiva y derecho a tener y vivir dentro de una familia digna.

ABSTRACT

The general objective of this work is: Determine the legal reasons for the regulation of socio-affective affiliation in Peruvian family law; To achieve the stated objective, the research is basic, descriptive, explanatory, propositional and qualitative in scope.

The methods that have been used are deductive-inductive and analytical-synthetic as general methods and those specific to law, legal dogmatic, hermeneutics, exegesis and the method of legal argumentation; The techniques used are documentary observation and discursive analysis, the instruments used, bibliographic files and discourse.

Within the theoretical framework, the legal-philosophical aspect has been developed, supported by legal positivism and post-positivism, in the theoretical, doctrinal, constitutional, legal or conceptual aspects, the right to identity, the best interest has been developed as a basis for research. of the child and the foundations of the family; The research reveals that socio-affection is a new form of affiliation as a result of continuous coexistence, affection between children and non-biological parents, thus verifying each of the categories of the hypothesis. The conclusion reached is that dynamic identity is not only based on biological recognition, but on facts based on mutual respect, reciprocal back and forth as father and son.

Keywords: *Right to identity, best interests of the child, principle of family protection, socio-affective affiliation and right to have and live within a decent family.*

INTRODUCCIÓN

El derecho de familia es la institución que más ha evolucionado en los últimos tiempos, por cuanto la familia ya no es reconocida solo en su forma restringida o biológica, sino también existe otras formas de familia, como la socioafectiva producto de la convivencia, el cariño y la empatía entre los padres e hijos no biológicos.

De manera, que la familia en su forma extensiva como la socioafectiva es desarrollada por diferentes teóricos tanto nacionales y extranjeros y ha sido tratado en diferentes trabajos de investigación; de ahí que Varsi Rospigliosi (2013), sostiene que la paternidad socioafectiva es la regla, en tanto que la biológica o la no biológica son el complemento que podrán ser determinadas a falta de la primera, no pudiendo nunca ser enfrentadas, empero a pesar de la evolución y la importancia del derecho de familia, el legislador no ha regulado dicha figura jurídica.

Por ello, en el presente trabajo se busca determinar las razones jurídicas para la regulación de la filiación socioafectiva en el libro del derecho de familia del Código Civil peruano, para ello se ha desarrollado el derecho a la identidad dinámica que abarca la identidad de la persona humana como consecuencia de la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y el respeto mutuo que determinan la personalidad del sujeto, también se desarrolló, el interés superior del niño, el derecho a tener y vivir dentro de una familia digna, porque la familia no puede ser entendida de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo para favorecer el desarrollo psicológico y los lazos afectivos producto del deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirman y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo.

En tal sentido, el trabajo consta de cuatro capítulos: en el primero capítulo, se desarrolla los aspectos metodológicos de la investigación, en el segundo capítulo se desarrolla el marco teórico, dentro de este, el marco iusfilosófico, basado en la corriente del positivismo y postpositivismo jurídico; los aspectos teóricos y doctrinarios, dentro del cual se desarrolla, el Estado constitucional de derecho y la tutela judicial de los menores de edad, fundamentos del derecho a la identidad, fundamentos del interés superior del niño en la filiación socio afectiva, fundamentos del derecho a vivir y tener una familia digna los niños, niñas y adolescentes, fundamentos filosóficos de la familia, familia y derecho de familia, el derecho de familia, filiación, nexo biológico y nexo jurídico, fundamentos de la filiación socio afectiva, filiación socioafectiva en la doctrina comparada, desarrollo integral y una vida digna de los niños como consecuencia de la filiación socioafectiva y la protección de la familia a través del cumplimiento de los derechos y deberes familiares.

En el tercer capítulo, se comprueba cada una de las categorías de las hipótesis planteadas en un primer momento de la investigación; en el capítulo IV, se elabora una propuesta de ampliación legislativa donde se incluye requisitos para el reconocimiento de la filiación socioafectiva; finalmente, se elabora las conclusiones y las recomendaciones.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA

El artículo 4 de la Constitución Política del Estado establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre (...) en situación de abandono. También protegen a la familia (...). Reconoce a este último como uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. De este contenido normativo constitucional se deduce dos principios esenciales como son el principio de protección de los niños y adolescentes y de la madre; y, el principio de protección de la familia. El primero, está referido a la protección de los menores y a la madre en situación de vulnerabilidad y dependencia, mediante el cual el Estado a través de los organismos encargados de protección, espera que las normas sean eficaces y que por tanto se cumplan a cabalidad; es decir, que la esencia de este principio tiene como finalidad lograr el desarrollo integral y el correcto disfrute de sus derechos fundamentales de los menores de edad.

En tanto, el principio de protección de la familia implica que “el Estado protege a la familia como institucionalidad y como fuente de relacionamiento de sus integrantes enunciando deberes y derechos que deben ser cumplidos a fin de fomentar la solidaridad social” (Varsi Rospigliosi y Canales Torres, 2022, p. 504). De esta manera, “la familia como célula básica de la sociedad y de la humanidad necesita de protección sin importar la forma como está conformada” (p. 504); por cuanto, este principio vela por el respeto, seguridad, protección y en todo

en cuanto le favorece a la familia a modo de seguridad, sin importar su origen, condición ni claridad de sus integrantes.

De ahí que la familia se consagra como el primer instituto fundamental de identificación de la persona humana porque actúa como un elemento activo en la sociedad, ya que, nunca permanece estacionaria, sino que pasa de una forma inferior a otra superior (Guerra Torres, y otros, 2022), siendo que el reconocimiento de sus integrantes que lo conforman se regula mediante la filiación matrimonial, extramatrimonial y la adopción, pero no se ha tomado en cuenta la filiación socio afectiva en el libro del derecho de familia del Código Civil peruano, considerando que la familia no es un instituto estacionario sino cambiante de acuerdo a las nuevas formas de integración familiar.

En el aspecto supranacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y del Adolescente regula en su inciso 1 del artículo 3 el principio del interés superior del niño al señalar que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; de esta manera, la propia Convención regula que todas las medidas (Legislativa, judicial o administrativa) que tome el Estado respecto de los niños, niñas y adolescentes mediante políticas públicas de protección, deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo; porque este principio implica tomar acciones mediante procesos que estén enfocados en garantizar y proteger el desarrollo integral y tener una vida digna los niños, niñas y adolescentes; de modo que corresponde al Estado

asegurar una adecuada protección y cuidado cuando los padres o madres biológicas u otras personas responsables, no tienen la capacidad para hacerlo.

En el aspecto legal, el Código de Niños y Adolescentes- Ley N.º 27337, también regula el principio del Interés superior del niño y del adolescente en su artículo IX del Título Preliminar al prescribir que:

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

También, el mismo Código en su artículo 8 incluye el principio de vivir y tener una familia digna, así en sus párrafos 1 y 3 señala que: “El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”; esto es la identificación del niño o niña con su familia; igualmente, agrega que “el niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos”.

De esta manera, los principios del interés superior del niño, niña y adolescente, el de vivir y tener una familia digna no importando su forma de constitución están regulados en forma explícita e implícita en los tratados internacionales de derechos humanos, en la norma constitucional y legal, pues la finalidad de las normas es proteger de manera integral todos

los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de vivir y tener una familia digna que es la base fundamental dentro de la sociedad, de modo que el Estado y la sociedad están en la capacidad de proteger el desarrollo pleno y efectivo de todos sus derechos fundamentales que son la base para su desarrollo pleno.

Por ello, la familia resulta ser fundamental para el desarrollo pleno de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, porque es la identificación primaria con los cuales la persona humana se identifica por el resto de su vida, de modo que la identidad de la persona humana es un derecho fundamental que hace a la persona lo que es y no otro, pero la identificación de la persona no solo se reconoce desde el aspecto biológico (identidad estática), sino también desde el aspecto vivencial, producto del cariño, el amor y otros atributos que son capaces de producir efectos jurídicos que se traslucen en socio afectivos (identidad dinámica), porque esta identificación no se basa en el reconocimiento biológico, sino en los lazos afectivos que se genera durante el desarrollo de la vida.

Sin embargo, a pesar de la protección y promoción del derecho a la identidad, interés superior del niño, derecho a tener y vivir dentro de una familia digna, el ordenamiento jurídico peruano específicamente en el libro del derecho de familia del Código Civil o la norma administrativa del RENIEC, no reconocen la figura de la filiación socioafectiva, porque “establecer la paternidad/maternidad de una persona, importa garantizar su derecho a la identidad, el mismo que es un derecho fundamental cuyo contenido no se agota en conocer el verdadero origen biológico en base a un dato genético (aspecto estático)” (Manrique Urteaga, 2018, p. 1), sino

que se respete su espacio de desarrollo y convivencia familiar, cargado de experiencias, afectos, pertenecientes a un grupo familiar, que conforman los atributos de su personalidad (Manrique Urteaga, 2018), pero al no existir norma alguna que permita el reconocimiento de la filiación socio afectiva limita de alguna manera el derecho a la identidad y los principios elementales de la familia (principio de protección de los niños y adolescentes y el principio de protección de la familia), porque el libro del derecho de familia del Código Civil sólo reconoce la filiación paterno-filial provenientes de padres biológicos (aspecto estático), más no la filiación afectiva como consecuencia de la convivencia continua, el amor y la responsabilidad de los padres e hijos que identifica al ser humano.

Por ello, dada la magnitud de la evolución de la constitución de la familia ya no posible ignorar la filiación socio afectiva, porque el sistema jurídico no solo está compuesto por un conjunto de normas reglas, sino también por principios y directrices políticas (Dworkin, 1992), pues la norma legislativa en materia de familia solo admite el reconocimiento del hijo por ambos padres biológicos o por uno de ellos, vulnerando de alguna manera la identidad, el interés superior del niño, cuando los niños, niñas o adolescentes se identifican con sus padres no biológicos, porque el legislador no ha regulado la filiación socioafectiva como institución jurídica, entendida esta figura como la estima o cariño entre los padres e hijos no biológicos, producto de la convivencia continua que conlleva a la nueva forma de institucionalidad de la familia; porque “la socio afectividad, es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo

afirma y reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo” (Varsi Rospigliosi y Chávez, 2010, p. 59); ya que, esta institucionalidad se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, como un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental, debido a que se funda en la afectividad en mejor interés del niño, en la dignidad de la persona humana y en la identidad de los padres e hijos.

Ahora bien la importancia y evolución de la familia, dentro de ellos la filiación socioafectiva, se puede interpretar teniendo en cuenta el artículo 6 de la Constitución Política del Estado que consagra explícitamente el deseo de ser padres con el correspondiente componente socioafectivo, al señalar que “la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables”; porque la “paternidad responsable es asumir voluntariamente un compromiso filial bajo el esquema que el derecho a la filiación no es solamente el derecho a la filiación biológica sino también, el derecho a la filiación vivida” (Collares Duarte, 2004, p. 7), porque “se enlaza con el compromiso y el compartimiento de los sujetos. Esta declaración del principio de maternidad y paternidad responsables en la Carta Fundamental, es un reconocimiento de la filiación socioafectiva o como la filiación por ligación afectiva” (Varsi Rospigliosi y Chávez, 2010, p. 60), pero a pesar de la importancia de este principio constitucional, es necesario que la filiación socio afectiva esté regulada de manera expresa con ciertos requisitos en el libro de familia del Código Civil peruano, para que exista predictibilidad y seguridad en las autoridades administrativas.

Porque dada la importancia la filiación socio afectiva ya no es posible ignorar su regulación, como se evidencia en el aspecto fáctico, en el caso N.º 00136-2023-0-0601-JP-CI-01 de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, donde una niña fue negada por su padre biológico al que se le impuso una demanda por alimentos, pero dicha menor nunca vivió dentro de su entorno de su padre biológico ni tampoco de su madre biológica, sino que se realizó como miembro de la sociedad dentro de la familia de sus abuelos, transcurridos los años la menor ya adolescente no se identificaba con su madre ni tampoco con su padre biológico, sino con sus abuelitos a los que le llamaba Papá y Mamá respectivamente, cuando ya adolescente ella conoce la verdad de su existencia, a lo que sus abuelitos le proponen cambiar su Documento Nacional de Identidad como sus verdaderos padres, a lo que ella indica que no cambiará a nadie por sus Padres (abuelos), con las cuales se identificaba; si bien es un caso de adopción, pero fácilmente se evidencia, la socio afectividad producto de la convivencia, el afecto las experiencias vividas y la educación dada a la menor, porque en la actualidad se ha convertido en una estudiante de la carrera de Derecho y Ciencias Políticas, además realiza su trámite respectivo en el RENIEC para el cambio respectivo de su D.N.I., con sus nuevos apellidos de sus abuelitos, producto de la demanda por adopción que fue declarada fundada en todos sus extremos.

Asimismo, en la Casación 3797-2012-Arequipa, mencionada también por la Dra. Manrique es su artículo “Constitucionalización de la filiación: de la paternidad biológica a la paternidad socio afectiva”, señala que (...) “cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el

cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental”, de modo que en este caso en mención el menor estaba identificado con su padre que firmo su partida de nacimiento a pesar que el indica que fue engañado por la madre biológica, pero lo que importa con el transcurrir de los años es la convivencia y la identificación del menor con su familia, porque si bien es cierto el ADN, “se convirtió en el fundamento último e irrefutable respecto a la filiación de una persona, una especie de verdad absoluta frente a la cual sucumbía cualquier argumento” (Manrique Urteaga, 2018, p. 1), pero dada la evolución de la familia y el derecho a la identidad dinámica del menor, el interés superior del niño, es necesario la inclusión de la socio afectividad como institución jurídica dentro del derecho de familia, obviamente con ciertos requisitos como los casos en mención.

En consecuencia, a pesar de la regulación de normas supranacionales, constitucionales y legales de protección y promoción del derecho a la identidad, del principio del interés superior del niño/niña y adolescente y del derecho a tener y vivir dentro de una familia digna, el Código Civil en el libro del Derecho de Familia o la directiva DI-415-GRC-032-RENIEC, no regulan la filiación socio afectiva para la inscripción de hechos vitales, siendo necesario su inclusión en la legislación peruana en el derecho de familia o en el aspecto administrativo con la finalidad de proteger la identidad dinámica de los niños, niñas y adolescentes, la protección de la familia, el interés superior del niño y el derecho de permanecer dentro de una familia dinámica que sienta el afecto verdadero de padre y madre de crianza, aunque no sean biológicos.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

De los artículos revisados en la contextualización del problema, se evidencia que existe protección, promoción y vigencia del derecho fundamental a la identidad, del principio de interés superior del niño y el principio de protección de la familia. De ahí que el artículo 4 de la carta fundamental prescribe que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre (...) en situación de abandono. También protegen a la familia (...); reconoce a este último como uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad. También, la Convención sobre los Derechos del Niño y del Adolescente plasma en su artículo 3, en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar y el artículo 8 del Código de Niños y Adolescentes- Ley N.º 27337, el principio del interés superior del niño.

Asimismo, la Constitución reconoce de manera expresa el derecho a la identidad (art. 2.1. de la Const.), al igual que la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 7 y el artículo 6 de la CNA, de manera que la identidad se expresa en dinámica y estática, pues la familia no solo reconoce desde los aspectos biológicos sino también en aspectos que trascienden en hechos vividos producto del amor y la responsabilidad de los padres no biológicos.

Sin embargo, a pesar de ello el derecho de familia peruano no incluye el reconocimiento de la filiación socioafectiva, sino solo la paterno-filial al establecer que “el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos” (art. 388 del C.C.); evidenciándose, claramente que la norma solo permite la filiación biológica,

existiendo en ese sentido un vacío normativo por existencia de una ausencia legislativa en materia de filiación producto de la afectividad; por ello, ante esta problemática me formulo la siguiente interrogante.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son las razones jurídicas para la regulación de la filiación socioafectiva en el derecho de familia peruano?

1.4. JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo se justifica, porque permitió ampliar teóricamente la figura de la filiación socioafectiva, como nueva forma de reconocimiento del derecho de familia producto de hechos vividos, del amor, la responsabilidad y la convivencia continua.

En el aspecto normativo, la investigación se justifica porque luego del desarrollo de la hipótesis mediante el discurso argumentativo se elabora una propuesta de ampliación legislativa que contiene requisitos para el reconocimiento de la filiación socioafectiva en el libro del derecho de familia del Código Civil vigente.

Finalmente, la investigación es importante porque ayudará no solo a la comunidad jurídica de aplicación del derecho, sino básicamente a los padres no biológicos que tienen una sociedad de afecto cariño con los menores que no son hijos de sangre, pero con los cuales se identifican ante la sociedad, pues asumen el rol de responsabilidad y respeto mutuo sin ser padre o madre biológicos, ya que, ellos le brindan una verdadera familia y vivir una vida digna sin maltratos, físicos y psicológicos.

1.5. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES

1.5.1. Delimitación

A. Espacial

La investigación tiene como espacio geográfico el territorio nacional.

B. Temporal

Al ser la investigación dogmática, esta no cuenta con ámbito temporal.

1.5.2. Limitaciones

Las limitaciones que se han tenido en el proyecto han sido superadas durante la ejecución de la tesis.

1.6. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Luego de haber revisado en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación de la SUNEDU, se ha podido corroborar que existen diferentes trabajos de investigación respecto del tema objeto de estudio; empero, no existe trabajos de manera expresa respecto a determinar razones jurídicas para la regulación de la filiación socio afectiva en el derecho de familia; sin embargo, se tiene en cuenta las siguientes investigaciones que de alguna manera se relaciona con algún componente hipotético del presente trabajo:

Gutiérrez Beltrán y otro (2021), en su tesis titulada “El Derecho a la identidad dinámica del menor como fundamento para la regulación de la filiación socio afectiva Perú, 2021” presentada a la Universidad César

Vallejo, para obtener el título profesional de abogado, que en una de sus conclusiones señala,

La identidad dinámica del menor fundamenta la regulación de la filiación socio -afectiva dado que esto garantiza el derecho a vivir en una familia protegiendo el principio del interés superior del niño y adolescente y la paternidad responsable y considerando el bienestar de los menores y la plena protección de sus derechos. (p. 35)

Vásquez Aguirre (2021), en su tesis titulada “la regulación de la paternidad socioafectiva en los procesos de filiación extramatrimonial e impugnación de paternidad, en aras del interés superior del niño”, presentada a la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo- Chiclayo, para optar el título de abogada, refiere en una de sus conclusiones que la “paternidad socioafectiva ha sido reconocida en el derecho comparado como en el caso de Brasil, en la que prevalece esta figura por encima de una paternidad fundada en un vínculo biológico, incluso los Tribunales de Justicia han llegado a declarar” (pp. 93-94).

De estos dos trabajos de investigación revisados, se puede evidenciar que la primera alude al fundamento de la filiación socioafectiva, y la segunda que la filiación socioafectiva ha sido reconocida en el derecho comparado; empero, ninguna de ellas propone una ampliación legislativa en el Código Civil en el derecho de familia que incluya de manera expresa la filiación socioafectiva como institución jurídica; por ello, el presente trabajo es necesario su investigación.

1.7. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

1.7.1. De acuerdo al fin que persigue

A. Básica

El presente trabajo es una investigación básica porque teóricamente ayudará a tener mejor conocimiento y comprensión de la filiación socioafectiva, y que la norma sustantiva del derecho de familia no solo reconozca a la filiación biológica como el único y el último eslabón para el reconocimiento de los menores como sus padres que engloba la familia; para ello, se tuvo como base la doctrina, la jurisprudencia relacionada al tema objeto de estudio.

1.7.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Descriptiva

El trabajo es una investigación descriptiva, porque en un primer momento se describió el tema objeto de estudio, es decir, se especificó los conceptos y la importancia de la figura socioafectiva; porque este tipo de investigación “se orienta al conocimiento de la realidad tal y como se presenta en una situación espacio-temporal dada, justamente por eso se habla de descripción” (Tantaleán Odar, 2015, p. 6).

B. Explicativa-causal

También la investigación se enmarca dentro del diseño explicativo, porque una vez descrito el tema objeto de estudio se explica la figura paterno socio afectiva, pues al no estar reconocida como figura jurídica para el reconocimiento de los

menores de edad, vulnera el principio la identidad dinámica, el interés superior del niño y el derecho a una familia digna, dado que este tipo de investigación “el estudioso conoce con detalle el efecto pero lo que no conoce es la causa de ese efecto. Por tanto, además de describir, se analizan las causas y sus relaciones fenomenológicas” (Tantaleán Oda, 2015, p. 12).

C. Propositiva

Además, una vez descrito el tema de investigación y explicado el mismo y teniendo los argumentos de la investigación se elabora una propuesta de ampliación legislativa en el artículo 414-A del Código Civil para la regulación de la filiación socio afectiva.

1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

La investigación es cualitativa, por cuanto en el presente trabajo no se usa ningún cálculo estadístico ni manipulación de variables, por el contrario, para la demostración de la hipótesis se recurre a la argumentación mediante el método deductivo.

1.8. HIPÓTESIS

Las razones jurídicas para la regulación de la filiación socioafectiva en el derecho de familia peruano son:

- A.** El derecho a la identidad dinámica como consecuencia de la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y el respeto mutuo que determinan la personalidad del sujeto.

- B. El derecho a una familia digna de los niños, niñas y adolescentes, porque la familia no puede ser entendida de manera aislada, sino en concordancia con la pluralidad familiar.
- C. La protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes para favorecer el desarrollo psicológico y los lazos afectivos producto del deseo y la voluntad de las personas, que afirman y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo.

1.9. OBJETIVOS

1.9.1. Objetivo general

Determinar las razones jurídicas para la regulación de la filiación socioafectiva en el Derecho de Familia Peruano.

1.9.2. Objetivos específicos

- A. Explicar los fundamentos del derecho a la identidad dinámica como consecuencia de la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y el respeto mutuo que determinan la personalidad del sujeto.
- B. Analizar el contenido de los derechos a vivir y a tener una familia digna de los niños, niñas y adolescentes porque la familia no puede ser entendida de manera aislada, sino en concordancia con la pluralidad familiar.
- C. Explicar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes para favorecer el desarrollo psicológico y los lazos afectivos producto del deseo y la voluntad de las personas, que afirman

y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo.

- D. Elaborar una propuesta de ampliación legislativa en el libro del derecho de familia del Código Civil peruano en el artículo 414-A, capítulo segundo para evaluar la filiación socio afectiva.

1.10. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.10.1. Métodos genéricos

A. Método deductivo

Este método va de lo general a lo particular, en el presente trabajo es de vital importancia porque se tiene en cuenta principios o normas generales como la identidad, el interés superior del niño y la protección de la familia, y a partir de ello inferir en conclusiones particulares, respecto de la paternidad socio- afectiva. Dado que este tipo de investigación “se realiza principalmente mediante las técnicas de aplicación de las normas jurídicas generales a casos concretos” (De León Armenta, 1996, p. 69).

B. Método inductivo

También este método es importante, por cuanto a partir del estudio de hechos particulares se propone una ley general, esto es la figura jurídica de la filiación paterna socioafectiva, pues este método se combina con el método inductivo por no ser antitéticos entre sí.

C. Analítico –Sintético

Estos métodos, son importantes porque permitieron, por un lado, el análisis de descomposición de cada uno de los elementos de los objetivos propuestos de la investigación; y, por otro, mediante la síntesis establecer la unión de los elementos previamente analizados que sirvieron de base para la investigación.

1.10.2. Propios del derecho

A. Dogmática Jurídica

Este método permite el análisis de cada una de las normas relacionadas con el tema objeto de estudio; dado que este tipo de investigación “concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución o especie legislativa” (Ramos Núñez, 2014, p. 101).

B. Hermenéutica jurídica

Este método permite la interpretación de la norma relacionada con la investigación, dado que la interpretación no solo le corresponde al legislador ni al aplicador del derecho, sino a todo jurista; en el presente trabajo, se interpreta la norma relacionada con la filiación biológica y la socio afectividad, porque el legislador solo protegió la figura paterno filial, más no tuvo en cuenta la filiación socioafectiva, porque la familia evoluciona con el transcurrir de los años.

C. Exégesis

Este método permite el estudio de las normas relacionadas con la investigación tal cual aparece contenidas en el texto legislativo; por cuanto, “la exégesis no modifica el orden de los códigos o de las leyes objeto de comentario; por el contrario, respeta escrupulosamente los textos legales” (Ramos Núñez, 2014, p. 98).

D. Argumentación jurídica

Este método es de vital importancia porque permite mediante la deducción y el discurso argumentativo llegar a conclusiones particulares de cada una de las categorías planteadas en la hipótesis, pues “la argumentación intenta situarse en un punto medio que parte de la posibilidad de un análisis racional de los procesos argumentativos, pero también reconoce las limitaciones que este análisis presenta en el mundo del Derecho” (Gascón Abellán y García Figueroa, 2003, p. 24).

1.11. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.11.1. Técnicas de investigación

A. Observación documental

Como técnica en el presente trabajo se utiliza la observación documental o recojo de información que sirve de base para la investigación, información de libros, revistas, periódicos, entre otros.

B. Análisis discursivo

Como técnica se utilizó el análisis discursivo porque analiza la construcción lingüística y/o interacción verbal en las diversas teorías desarrolladas mediante la dogmática, la hermenéutica y/o demás métodos de investigación sobre el tema objeto de estudio.

1.11.2. Instrumentos de investigación

A. Fichas bibliográficas

Como instrumento se utilizó la ficha bibliográfica que sirvió para el análisis y selección sistemática del tema objeto de estudio de la documentación recopilada en la técnica.

B. El discurso

Como instrumento se utilizó el discurso para comunicar los diferentes razonamientos y argumentos contruidos que se tiene sobre el tema objeto de investigación como es la figura de la paternidad socioafectiva dentro del ordenamiento normativo del derecho de familia peruano.

1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN

Dado el tipo de investigación no presenta unidad de análisis; empero, en el presente trabajo se ha tenido en cuenta la observación del artículo 388 del Código civil y el artículo 4 de la Constitución Política del Perú.

1.13. POBLACIÓN Y MUESTRA

Al ser una investigación básica y dogmática no presenta universo ni muestra.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO

Los derechos fundamentales al igual que la constitucionalización del ordenamiento jurídico se han ido construyendo a través de luchas de sangre para su positivización y ser reconocidos como derechos universales y derechos fundamentales en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la Constitución Política del Estado; así, el derecho a la identidad estática de los niños, niñas y adolescentes está regulado en el artículo 3 de la Declaración de los Derechos del Niño, al señalar que: “El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad”; en tanto, el derecho a la identidad dinámica está regulada de manera implícita en el artículo 7 de la propia DDN; también en la Convención sobre los Derechos del Niño en los artículos 8 y 9 regula la preservación del derecho a la identidad, como una obligación del Estado para proteger y, si es necesario, restablecer la identidad del niño, si éste hubiera sido privado en parte o en todo de la misma (nombre, nacionalidad y vínculos familiares).

De esta manera, el derecho a la identidad es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad en ser uno mismo y no otro, de modo que la identidad es la identificación de la persona humana por el resto de su vida producto de la convivencia, el amor y otros atributos concernientes al desarrollo de la persona humana; es decir, la identificación personal dentro de la sociedad, como el nombre el apellido, la nacionalidad entre otros atributos, peor también la identidad familiar,

producto de la convivencia continua el amor y la responsabilidad y el amor mutuo entre padres e hijos, dentro del cual se encuentra la identidad estática y la dinámica, identidad que se encuentra regulada en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución que señala toda persona tiene derecho a su identidad; pues la identidad privilegia por un lado, en su vertiente estática “la identidad de nacimiento, la que viene marcada por los datos de ligazón entre el padre y el hijo, ya sea porque así está establecida en la partida de nacimiento o así se determinó a través de una prueba de ADN” (Poder Judicial, 2022, p. 22); y, por otro, la identidad se complementa, “necesariamente, con un plexo de atributos, características y rasgos de la personalidad. Estos datos, contrariamente a los biológicos, pueden variar en el tiempo. Por ello, este conjunto de atributos de la personalidad constituye el elemento dinámico de la identidad” (p. 23); así, el derecho a la identidad también encuentra sustento legal en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, al señalar que el derecho a la identidad incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, precisando que eso debe entenderse como el derecho a conocer a sus verdaderos padres o padres biológicos.

De modo, que los derechos fundamentales son los que están “reconocidos y recogidos en normas de derecho constitucional positivo de un determinado Estado” (Sarlet, 2019, p. 40), o como señala Ferrajoli (2014), los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (p. 19); de esta manera, todos los derechos fundamentales se desprenden de la persona y su dignidad humana, como fundamento primario de la

Constitución; por ello, en su artículo 1 establece que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. De esto se deduce, que la persona por el solo hecho de ser persona natural, es un fin en sí mismo y no un mero medio; en efecto, los derechos fundamentales de los menores de edad como el derecho a la identidad una vida digna y una familia, se ve resquebrajada de alguna manera por omisión del legislador, porque ha omitido legislar la figura de la filiación socioafectiva como reconocimiento legal de los menores de edad producto de la convivencia, el amor y otros atributos de identificación que no son biológicos; por eso, el artículo 44 de la Constitución señala que es deber del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; de modo que el Estado en tanto garante de los derechos humanos debe proteger y promover los derechos de los menores de edad provenientes de una familia socio afectiva.

Por ello, dada la importancia de la investigación donde incluye principios (principio de protección de la familia, principio del interés superior del niño) y derechos fundamentales (derecho a la identidad dinámica, derecho a vivir en vivir y tener una familia digna) y donde se propone elaborar requisitos para el reconocimiento de la filiación socioafectiva en el libro del derecho de familia, el trabajo se sustenta en un primer momento en el positivismo jurídico porque se propone incluir en el libro del derecho de familia, que no es de forma inmediata, requisitos para permitir la filiación socio afectiva, para que exista previsibilidad y seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico; pero desde el aspecto valorativo se tiene en cuenta en el Postpositivismo, porque esta corriente no mira el pasado, sino el presente pues en el derecho de

familia solo está regulada la filiación biológica mas no la filiación socio afectiva, existiendo una vacío normativo en ese sentido, de modo que esta corriente también se relacionada con la indeterminación del derecho, porque no está regulada de manera expresa la filiación socioafectiva; pues esta corriente plantea la pregunta qué se debe hacer ante un caso difícil, porque el sistema jurídico no solo es un conjunto de reglas sino también está integrado por principios jurídicos y directrices políticas, dado que las normas establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas); en cambio, los principios dotan de sentido a las reglas, porque, por una lado, permiten verlos como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos; y por otro, como resultado de ponderación entre principios (Aguiló Regla, 2007).

2.2. ASPECTOS TEÓRICOS, DOCTRINARIOS, CONSTITUCIONALES, LEGALES O CONCEPTUALES

2.2.1. Estado constitucional de derecho y la tutela judicial de los niños, niñas y adolescentes

El Estado constitucional de derecho “de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural por la soberanía popular y la división de poderes y por los derechos fundamentales” (Häberle, 2003, p. 3). En efecto, el Estado constitucional implica el cambio de paradigma del Estado legal al Estado constitucional de derecho, en donde la norma legislativa ya no es la única fuente del derecho, sino que la Constitución se convierte en norma suprema y fuente de fuentes de

todo el sistema jurídico, con la finalidad de tutelar, proteger y promover la vigencia de los derechos humanos, como la tutela y reconocimiento de los derechos de los menores de edad en situación de vulnerabilidad.

En tal sentido, el Estado constitucional de derecho se caracteriza, porque tiene una Constitución escrita, existe la división de poderes y la positivización del catálogo de los derechos fundamentales, mediante el cual la Constitución ya no es una mera norma política programática sino que se convierte en invasora y entrometida en todo el sistema jurídico, es decir, con el Estado constitucional derecho se constitucionaliza el sistema jurídico, por cuanto, ya no quedan espacios exentos del control constitucional y toda norma que se aplica al caso concreto debe ser conforme a la Constitución, tal como sucede con la norma de filiación matrimonial y extramatrimonial en el libro del derecho de familia que solo reconoce la filiación biológica mas no la filiación socio afectiva, pero mediante la aplicación del artículo 6 de la Constitución se puede invocar la filiación socio afectiva; no obstante, el legislador no reconoce la filiación socio afectiva pues no ha considerado la evolución del derecho de familia, vulnerando de alguna manera con ello, el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes que reconocen a sus padres no biológicos como su verdadera familia.

Por ello, en el Estado constitucional de derecho ningún poder público queda exento del control constitucional y toda norma que se aplica al caso concreto debe ser acorde con la Constitución, porque la

Constitución es la norma y fuente de fuentes del sistema jurídico y toda norma aplicable al caso debe ser conforme a la Constitución.

2.2.2. Fundamentos del derecho a la identidad

El derecho a la identidad es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política del Estado (art. 2.1) concordante con el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; este derecho es “de carácter universal, inalienable, intransferible e irrenunciable y constituye uno de los supuestos para el libre desarrollo de la personalidad del ser humano, el cual podría verse afectado si es desconocido por el Estado o por cualquier otra persona” (Saif, 2010, p. 39); de modo este derecho es inherente a la persona humana, porque se reconoce que la identidad es un elemento esencial de la naturaleza humana que le permite al ser humano ser reconocido en su existencia individual en sus tres vertientes: personal, familiar y social (Saif de Preperier, 2010).

La Corte Suprema de la República en la Casación N.º 950-2016-Arequipa, señala que:

El derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en éste sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil) y el dinámico, más amplio y más importante ya que está referido

a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican.

Por tanto, tanto el derecho a la identidad es “el conjunto de atributos y características tanto estáticas como dinámicas que individualizan a la persona en sociedad. Se trata de todos aquellos rasgos que hacen posible que cada cual sea uno mismo y no otro” (Fernández Sessarego, 2006, p. 18), ya que, “constituye el ser del hombre, esta permite que cada ser humano realice, de acuerdo con su decisión, su único, singular e irreplicable proyecto de vida, cada ser humano tiene derecho a ser él y no otro” (Fernández Sessarego, 2010, pp. 733-734); de modo, que el derecho a la identidad no solo está referido al aspecto estático, sino también al dinámico.

A. Identidad estática

La identidad estática de la persona humana tiene que ver con el derecho al nombre y apellidos, a una identificación frente al resto de la sociedad y a una nacionalidad, es lo que distingue de por vida a cada persona, producto del reconocimiento biológico de los padres; ya que

La filiación, está determinada por los lazos de sangre, el vínculo que se desprende de la propia naturaleza humana, y que une a padres, madres e hijos en atención a la coincidencia en la carga genética determinada en base a

pruebas de validez científica como lo es el ADN. (Manrique Urteaga, 2018, p. 4)

De esta manera, la identidad estática como señala Saif (2010), se inicia con el registro del nacimiento del ser humano con el cual se procede luego a la obtención de la Partida o Acta de Nacimiento, que es el primer documento de identificación con el que contará la persona humana y que permitirá el reconocimiento legal de su existencia, lo que habilitará el ejercicio de otros derechos consustanciales a la persona como el derecho a un nombre y a una nacionalidad; dicho de otra manera, la Partida o el Acta de Nacimiento es el documento donde se reconoce legalmente la existencia de una persona.

B. Identidad dinámica

Si bien es cierto la identidad estática es el elemento fundamental de la persona humana, porque los niños y niñas tienen que reconocer a sus padres biológicos y no ser separados de ellos, pero dada la magnitud de la evolución del derecho de familia, la identidad no solo está determinada por lazos de sangre sino también por lazos afectivos, porque esta forma de identidad

No se sustenta en el vínculo biológico, sino que, en muchos de los casos, éste es dejado de lado; en el entendido de que, si bien el dato biológico va a permitir conocer el origen genético y por tanto establecer rasgos de identificación, junto a él está la construcción de la propia personalidad, que se la hace en el día a día, y que también se constituyen en

criterio determinante para atender o dejar de lado la vinculación biológica. (Manrique Urteaga, 2018, p. 3)

Pero “la identidad dinámica, involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural” (Herrera, 2015, p. 403); al respecto, el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 00139-2013-PA/TC, señala que la identidad dinámica “está conformada por el conjunto de atributos y calificaciones de la persona de cariz variable como son las creencias filosóficas, religiosas, ideológicas”

Por tanto, la identidad dinámica es la convivencia continua, el amor, la responsabilidad y otros atributos que concierne a la familia, mediante el cual el niño, niña o adolescente se identifica no necesariamente mediante un vínculo genético sino mediante un vínculo afectivo que trasciende lo biológico que está asociado a su proyecto de vida, vinculado al individuo. Esta faceta de la identidad complementa a la identidad estática y varía según el desarrollo personal y la maduración de la persona.

2.2.3. Fundamentos del interés superior del niño en la filiación socio afectiva

Uno de los instrumentos de protección de los derechos integrales de los niños, niñas y adolescentes es sin duda la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, porque contiene una síntesis de normas provenientes de los instrumentos internacionales de derechos humanos “de carácter general y de principios y

derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia” (Cillero Bruñol, 2001, p. 32), de tal forma que sus normas deben ser interpretadas, comprendidas sistemáticamente y armónicamente, porque “tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de interés superior del niño” (Cillero Bruñol, 2001, p. 32).

De manera que el Interés Superior en tanto principio inspirador de todo el sistema jurídico “debe primar y ser considerado un elemento determinante en todas las actuaciones y resoluciones que la Administración pública y de la Administración de justicia adopten en relación con la niñez y la adolescencia” (Zapata López y Cuarezma Terán, 2004, p. 73); ya que, este principio es fundamental para proteger y promocionar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, además, es un derecho subjetivo y “un principio inspirador y fundamental de los derechos de los que son titulares, que posee un propósito protector de “los menores debido a su especial vulnerabilidad a causa de la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con total autonomía” (García Lozano, 2016, p. 5).

Este principio encuentra sustento supraconstitucional también en el Pacto Internacional de Civiles y Políticos (art. 24.1), y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.3), en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16), en la Convención

Americana de Derechos Humanos (art. 19), hasta llegar a la Convención sobre los derechos de los Niños (art. 3), de los cuales se desprende la obligación de regular internamente el principio de interés superior de los niños y niñas. Así, la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990. Pero, es en la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3 que establece de manera explícita que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Por otro lado, a nivel constitucional este principio está regulado en el artículo 4, de la Constitución Política del Estado al señalar que el Estado protege al niño y al adolescente en situación de abandono; concordante con el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo IX del Título preliminar, que establece:

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el

Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Por ello, este principio busca proteger la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños/niñas y adolescentes persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña. (López Contreras, 2012). “En otras palabras, se puede indicar que hace referencia al bienestar de los niños y niñas, prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia paralela por la cual se tenga que decidir” (p. 55).

Por tanto, el principio del interés superior del niño, niña y adolescentes, “es un derecho y un principio con contenido y perfiles complicados de visualizar en abstracto” (García Lozano, 2016, p. 141); por cuanto, “la diversidad de las medidas para su aplicación puede implicar provocar que no sea tan relevante su concepto en sí mismo como la finalidad que persigue y los criterios que han de guiar al órgano encargado de su aplicación” (p. 141); por eso, el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 04937-2014-PHC/TC. F.J. 6, señala que este principio comprende “una pretensión directamente invocable y exigible, relacionada con la preferencia o prevalencia jurídica e interpretativa a favor de los intereses de las niñas, los niños y los adolescentes”.

A. Contenido del interés superior del niño

El contenido, del principio del interés superior del niño, niña y adolescentes, según la Casación N.º 1721-2019-Piura, tiene que ver con la exigencia de considerar caso a caso los hechos y la situación del menor afectado; elegir, entre las múltiples posibilidades interpretativas, la situación que más conviene a su cuidado, protección y seguridad y adoptar una decisión que estime las posibles repercusiones en él.

De esta forma, este principio cuando se aplica al caso concreto se debe tener en cuenta vía interpretación constitucional o vía tratados internacionales lo más concerniente o favorecimiento de sus derechos integrales o entre las múltiples posibilidades interpretativas, la situación que más conviene a su cuidado, protección y seguridad por el Estado quien deberá adoptar una decisión que estime las posibles repercusiones en él, con la finalidad de no vulnerar sus derechos subjetivos que le corresponde por el hecho de ser vulnerables.

2.2.4. Fundamentos del derecho a vivir y tener una familia digna los niños, niñas y adolescentes

El derecho a vivir y tener una familia digna es un derecho fundamental regulado en el artículo 8 del Código de Niños y Adolescentes al señalar que “el niño y el adolescente tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado”; de esto se deduce, que el niño

no puede ser separado de sus padres biológicos y que debe desarrollarse e identificarse con su familia natural, pero al niño que es identificado con su familia no biológica tampoco se le debe limitar su identidad dinámica que viene hacer su familia.

Por ello, el derecho del niño a tener una familia se encuentra implícitamente consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, también en su artículo 9 inciso 1, señala que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”; ello implica la identidad de los niños con sus padres sean biológicos o no, no deben ser separados involuntariamente.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 01817-2009-PHC/TC, F.J. 14, señala que:

El derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1 y 2 inciso 1 de la Constitución.

También señala que el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades

materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños.

De esta manera, el derecho a tener una familia y vivir dentro de ella e identificarse con la misma es fundamental dentro del desarrollo personal y social de la persona humana; de ahí como señala el Tribunal Constitucional que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar.

También el derecho a tener una familia encuentra sustento implícito en el artículo 4 del Código de Niños y Adolescentes, al señalar que todo niño tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar; por eso, toda persona humana dentro de ellos los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), tienen el derecho a tener una familia y que el Estado mediante los poderes públicos y privados tiene el deber irrestricto de velar por la vigencia de los derechos humanos de los NNA; por ello, en los tratados internacionales sobre materia de la niñez “se refiere

al conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños, las niñas y adolescentes” (Ortiz, 2013, p. 19); de ahí que el artículo 19 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos establece que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”; de igual manera el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, prescribe que “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

De esta manera, el deber de protección integral, no solo le compete a las autoridades públicas, sino también de la familia, como señala Ortiz (2013), porque es el reconocimiento de las condiciones especiales de los NNA, debido a su desarrollo progresivo en todas sus facetas tanto a nivel físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social, que dependen necesariamente de los adultos para el efectivo acceso y disfrute de todos sus derechos, así como para el ejercicio de las acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos; por cuanto la dependencia de los adultos y su intensidad se modifica de acuerdo a las capacidades del niño y el grado de madurez.

Por tanto, los NNA, tienen el derecho a vivir y desarrollarse dentro de una familia digna, sea o no su padre o su madre biológica, debido a su especial situación en la cual se encuentran en el ejercicio de

sus derechos, porque se encuentran en una situación de vulnerabilidad y que necesitan el cuidado íntegro de los adultos.

2.2.5. Fundamentos filosóficos de la familia

La familia es una institución jurídica que con el transcurrir de los años no se ha mantenido estacionaria, sino que ha ido evolucionado de acuerdo a cada contexto social, porque “juega un rol protagónico en el proceso de convertir a sus miembros más pequeños en personas capaces de participar de manera positiva en la vida de la sociedad” (Guerra Torres, y otros, 2022, p. 2); de esta manera, la familia “es la instancia de intermediación entre el individuo y la sociedad, pues constituye el espacio por excelencia para el desarrollo de la entidad y es el primer grupo de socialización del individuo” (Blanco Pérez, 2004, p. 21).

Por ello, el artículo 4 de la Constitución señala que “la comunidad (...). protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”, concordante con el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”; de esta forma, la familia es considerada como el primer grupo social fundamental donde encuentra el niño al nacer, el contexto familiar que coincide con las épocas de mayor permeabilidad y adaptabilidad, ya que, funciona para el niño como un micro mundo, como la portadora de la ideología, las normas y las

costumbres que la sociedad caracterizan, pues es ahí donde se aprenden las primeras reglas de la conducta (Benítez, 2003).

Por tanto, la familia es el principal agente o factor de la identidad que trasciende durante toda la vida, ya que, supone un conjunto de personas que aceptan, defienden y transmiten una serie de valores y normas interrelacionadas, a fin de satisfacer diversos objetivos y propósitos, de modo que “la familia resulta necesaria o, por lo menos útil, en la medida en que contribuye a reproducir y sostener en el tiempo las condiciones para una sociedad justa” (Udi, 2017, p. 130).

2.2.6. Familia y derecho de familia

La familia es el lugar donde los seres humanos “aprenden los valores humanos, sociales, morales, culturales e incluso religiosos, y con base en ellos a relacionarse” (Pérez Contreras, 2015, p. 3), porque es el primer lugar donde el ser humano aprende, se desarrolla tanto física, psicológicamente, afectivamente y socialmente y que de ello dependerá las acciones buenas o malas en la etapa de su vida; es así, “que a través de este núcleo son cubiertas las necesidades materiales y económicas del individuo hasta que es capaz de satisfacerlas por él mismo” (p. 3).

Por ello, se puede afirmar que el fundamento jurídico primario de la familia ha sido y será con excepción de otras instituciones, el matrimonio y ahora también el concubinato que encuentra protección constitucional, así como la filiación y la patria potestad, son instituciones que surgen como consecuencia de la procreación.

A. Concepción de familia

Yungano (2001), sostiene que la familia en un sentido genérico es una asociación que está integrada por dos personas de distinto sexo y sus hijos que “viven en una morada común bajo la autoridad de ambos padres, que están en relación con los ascendientes, descendientes y colaterales por vínculos de sangre y lazos de parentesco, y que constituye el grupo humano fisiogenético y primario por excelencia” (p. 4). En tanto, para Pérez Contreras (2015), “la familia es una agrupación social de personas que se encuentran unidas por lazos de sangre o por lazos que crea la ley, como es el caso de la adopción” (p. 4).

En ese sentido, se puede indicar que una familia nace de la unión de dos adultos que viven juntos y hacen vida en común y que de ellos depende los hijos que tengan y del reconocimiento que hagan otros miembros de la sociedad y/o la ley acerca de tal unión. Lo cierto es que los hogares de madres solteras son cada vez más frecuentes y a éstos se les reconoce igualmente como núcleos familiares” (Pérez Contreras, 2015, p. 4); al respecto el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 09332-2006-PA/TC, señala que “la acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo”. Así, desde una

perspectiva jurídica tradicional la familia “está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco” (Bossert y Zannoni, 2004, p. 6). En tal sentido, puede indicar varios conceptos de familia, como familia en sentido amplio, en sentido restringido, en sentido intermedio, familia matrimonial y extramatrimonial y nuevas formas de familia.

B. Familia en sentido amplio

En sentido amplio familia (como parentesco) según Belluscio (2004), “es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar” (p. 3); dado, que comprendería “al conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje, incluyendo los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge, que reciben la denominación de parientes por afinidad; a esa enunciación habría que agregar al propio cónyuge, que no es un pariente” (Belluscio, 2004, p. 3).

C. Familia en sentido restringido

Entendida la concepción de familia restringida como pequeña familia, familia conyugal, parentesco inmediato o núcleo paterno filial, “que comprende sólo el núcleo paterno- filial -denominado también familia conyugal o pequeña familia, es decir, la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad” (Belluscio, 2004, p. 5). A diferencia de la concepción en sentido amplio que es “definida por la existencia de relaciones jurídicas familiares y que

determina el campo del derecho de familia, la familia en sentido restringido asume mayor importancia social que jurídica” (p. 5).

D. Familia en sentido intermedio

Belluscio (2004), sostiene que esta concepción de familia “es el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Era éste el sentido de la familia romana, por lo menos en la primera etapa de su derecho histórico” (p. 5)

E. Familia matrimonial

La familia matrimonial tiene como soporte el matrimonio “tal es su trascendencia que el Estado la promueve, incita a que las personas se casen para que la conformen. La ley ofrece ventajas como la presunción de paternidad, la herencia para los cónyuges, el régimen patrimonial, el divorcio, la casa-habitación, entre otros” (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 66).

F. Familia extramatrimonial

En cambio, la familia extramatrimonial surge como consecuencia de la unión libre entre personas no matrimoniadas, llamado concubinato o amasiato (art. 5 de la Const.). Varsi Rospigliosi (2011), señala que a esta clase de familia se le ampara legalmente mediante la figura mal denominada unión de hecho, modernamente identificada como la unión estable, su legalidad se consagró en la Constitución Política de 1979, luego en el Código Civil de 1984 generando relaciones filiales o patrimoniales. Se reconoce la unión estable (artículo 326, CC) y

al concubinato o unión pasajera (discretamente en el artículo 402, 3 y ampliamente en el artículo 415 CC).

G. Nuevas formas de familia

Debido a la evolución de las costumbres que se ha producido en la segunda mitad del siglo XX, ha dado lugar que, frente al tipo clásico de familia restringida integrada por padre, madre e hijos, “existen otros modelos que se producen como consecuencia de actos voluntarios o aún de hechos fortuitos, como la muerte de uno de los integrantes de la pareja” (Belluscio, 2004, p. 8).

Así, se habla de la familia monoparental que está formada por una persona solo/a con hijos, que puede ser por circunstancias de muerte de uno de los padres o por separación de hecho o judicial. También se habla de la familia ensamblada que está “integrada por el soltero, viudo o divorciado con hijos que contrae un nuevo matrimonio, el cual establece parentesco con afinidad del nuevo cónyuge con aquéllos” (Belluscio, 2004, p. 8). Finalmente, en la actualidad se habla de una supuesta familia homosexual, especialmente en los países donde está regulado.

2.2.7. El derecho de familia

El derecho de familia es entendido como el “conjunto de normas que regulan las relaciones familiares, principalmente entre esposos y entre padres e hijos, aunque también tiene en cuenta otras relaciones de parentesco” (López Díaz, 2005, p. 15); por eso, el derecho de familia, dentro del conjunto de normas se encuentra los

principios y directrices constitucionales, que regulan, protegen y organiza la familia, porque existe “vinculaciones jurídicas establecidas por ley -respecto de los individuos que han contraído matrimonio o se han conocido carnalmente, o que están unidos por parentesco” (López Díaz, 2005, p. 15).

2.2.8. Filiación, nexo biológico y nexo jurídico

La filiación es el “vínculo jurídico que existe entre dos personas, en la que una desciende de la otra, lo que puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/ o de actos jurídicos” (Pérez Contreras, 2010, p. 119); así, la filiación es la relación de tipo jurídico que existe entre el padre o madre con el hijo o la hija.

De esta manera, a través de esta institución el derecho de familia pretende regular el fenómeno de la procreación tanto, dentro del matrimonio (filiación matrimonial, art. 361 del C.C.), como fuera de él (filiación extramatrimonial, art. 386 del C.C.), no agotándose ahí la importancia de la filiación, sino que se extiende a personas extrañas “creando entre ellas un vínculo jurídico como si fueran padre o madre e hijo o hija” (Pérez Duarte, 1990, p. 55), como es el caso de la adopción (art. 377 del C.C.) y ahora la filiación paterna socioafectiva que no está regulada en el derecho de familia peruano producto de la convivencia continua, el amor y otros atributos que identifican a la persona.

Por ello, la filiación se comprueba mediante el reconocimiento que hacen los padres de sus hijos, con tal fin, el padre y/o la madre

tienen obligación de registrar a sus hijos ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), en un plazo ordinario de 60 días calendarios desde el segundo día de su nacimiento 60 días desde el día siguiente de su nacimiento en las oficinas registrales o de municipalidades, y 90 días en centros poblados y comunidades nativas. Pasados estos plazos, la inscripción es extemporánea y el trámite exige requisitos adicionales.

A. Filiación hecho biológico y efectos jurídicos

Una vez reconocida la filiación, “la ley organiza los derechos y deberes paterno-filiales sobre el fundamento del hecho biológico de la generación: entre padre que engendró e hijo engendrado, entre madre que concibió e hijo concebido” (Méndez Costa, 1986, p. 13); de modo que “estos efectos jurídicos cumplen la juridicidad del hecho biológico, ya primordial dado que marca el comienzo de la existencia de la persona” (p. 13). Por cuanto, “la determinación legal de los mentados efectos jurídicos obedece a inexcusables exigencias de orden social que reclaman la regulación por el derecho positivo de consecuencias que le son anteriores y definitorias pues nacen y reposan en el derecho natural” (Méndez Costa, 1986, p. 14).

2.2.9. Fundamentos de la filiación socio afectiva

El derecho de familia probablemente sea una de las disciplinas jurídicas más evolutivas no solo a nivel interno sino subnacional en los últimos años, sobre todo en la figura jurídica de filiación. Por

cuanto, en la actualidad a nivel interno existen filiaciones no solo provenientes del vínculo biológico, sino también filiaciones fundadas en la afectividad, o la filiación paterna socio-afectiva.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la República de la Sala Civil Permanente en la casación 950-2016- Arequipa, tomando como punto de partida el derecho a la identidad de la menor señala que debe prevalecer el principio total de afectividad, por dos razones; primero, porque se tiene que reconocer al niño como sujeto pleno de derecho; y segundo, por dotar a tales derechos de las garantías para su cumplimiento, y en ese marco considera dicho interés como principio vinculante para todos los poderes públicos y entes privados.

Al respecto, Varsi Rospigliosi (2013), sostiene que la socio-afectividad “es sinónimo de convivencia familiar en el que se valoran las relaciones de entrega y comportamiento de cada uno de los sujetos del derecho sin considerar en lo más mínimo el origen biológico” (p. 94). Ello implica, “más allá de los genes, lo que interesa al Derecho es la relación de estado generada entre las personas, esto involucra la preexistencia de un grupo familiar (socio) en el que se crean relaciones sentimentales (afectividad)” (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 94).

Sin embargo, a pesar de la evolución de filiación socioafectiva, “la procreación natural es un acto biológico tan humano que implica la participación conjunta (pro-crear)” (Varsi Rospigliosi, 2010, p. 78). Esto es, que dos engendraron a uno, ese uno es idéntico con ADN

único, intransferible incambiable, que necesita conocer a esos dos o a uno de los dos; es decir, “mis orígenes, mis padres, mis raíces, nada como sentirse identificado con sus ascendientes que nos dieron la vida. Pero, la unión sexual, la procreación matrimonial y la veracidad de la madre fueron destronadas por la procreática” (Varsi Rospigliosi, 2010, p. 78).

El autor señala que,

La filiación es consecuencia de reproducción. Esta puede ser natural o asistida. En el primer caso no se presentan mayores problemas (salvo los referidos a la determinación de la filiación extramarital hoy solucionados con el ADN). En la reproducción asistida la que genera inconvenientes que, en muchos casos, se condicen con los planteamientos legales tradicionales y con el biologismo imperante. (Varsi Rospigliosi, 2010, p. 78)

Con respecto a la filiación natural (madre biológica y padre biológico, no hay inconvenientes, es más es el fundamento único que siempre ha reconocido en el sistema jurídico de familia; empero, la problemática es cuando existe la relación que se constituye “sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción) o existir hecho biológico y no filiación (procreación sin filiación: expósitos) o no existir una procreación y una filiación por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada)” (Varsi Rospigliosi, 2010, p. 78).

Por ello, el problema surge cuando se intenta correlacionar el vínculo biológico con el jurídico. Mientras el biológico es natural, ilimitado y reservado en su determinación, el jurídico es creado, limitado y concreto en su establecimiento. Hasta cierto punto, como vemos, se contraponen” (Varsi Rospigliosi, 2010, pp. 78-79), y es ahí donde entra la figura de la socio-afectividad sea paternal o maternal, que tiene como finalidad la afectividad de la madre no biológica o el padre no biológico, que conlleva a la identidad, el principio del interés superior del menor y a tener una familia digna.

A. Vinculación afectiva entre el padre no biológico, el menor de edad y la madre biológica o viceversa

En este ítem se tiene que la vinculación afectiva tiene como principio elemental la socio-afectividad, que puede darse entre el padre no biológico con la madre biológica y el menor o viceversa, la madre no biológica con el padre biológico y el menor; de modo que el principio de la socio afectividad no solo se da desde el aspecto paternal, sino también maternal, por cuanto, es el complemento a la falta de la paternidad o maternidad biológica; ya que, que este principio pretende “demostrar que es posible pensar y analizar el derecho desde el vínculo afectivo que se genera y desarrolla entre los seres humanos que comparten el núcleo denominado familia” (Salituri Amezcua y Videtta, 2021, p. 2). En tal sentido, esto nos lleva a pensar como el afecto ingresa como institución jurídica al derecho de familia.

Empero, no solo basta que exista una afectividad (paternal o maternal hacia los menores), sino que “la afectividad deberá probarse por la detección de elementos que son indicios de su existencia en la relación familiar: los cuidados y atención, el trato dispensado, los apoyos tanto emocionales como materiales entre los integrantes” (Salituri Amezcua y Videtta, 2021, p. 2); en otras palabras, “la afectividad debe demostrarse no solamente en el plano íntimo, sino que debe tener una proyección social. De esta manera, el afecto estructura a la familia tanto en lo personal como en lo social: es socioafectivo” (Salituri Amezcua y Videtta, 2021, p. 2).

2.2.10. Filiación socioafectiva en la doctrina comparada

Según Aguirre Mesa (2021), sostiene que “las altas cortes colombianas coinciden en identificar la familia a partir de la concurrencia de valores como el amor, el cariño, el afecto, el apoyo mutuo, la solidaridad, entre otros” (p. 120). El autor hace referencia a la familia no solo es su aspecto natural sino también afectivo, por ello refiere que todos estos valores son sistemáticamente inobservados en la determinación del vínculo filial.

Por ello, en el sistema colombiano como refiere el autor las familias tienen un tratamiento complejo o un concepto amplio; porque, por un lado, la normatividad colombiana plantea el modelo “clásico de familia formada por los vínculos biológicos o jurídicos y, de otro lado, la jurisprudencia de las altas cortes en una interpretación sistemática reconoce constantemente la multiplicidad de formas

familiares, alejándose de un modelo único y excluyente de familia” (Aguirre Mesa, 2021, p. 125). De esto se desprende, que la doctrina y la jurisprudencia colombiana han interpretado la familia más allá de la familia clásica o elemental ampliando de manera implícita la familia socio-afectiva.

Al respecto, Krasnow (2019), señala que “construir, interpretar y aplicar el Derecho de las familias preservando el valor humanidad, exige analizar de forma abierta aquellos datos de la realidad que impactan en la composición interna de cada familia” (p. 77). Así, la propia autora agrega que,

La visión tolerante y plural en la que se enmarca la disciplina de referencia, indica que las familias se distinguen por las particularidades presentes en cada tipo, pero en todas ellas un elemento determinante de su nacimiento se encuentra en la existencia de un vínculo afectivo como punto de partida. (Krasnow, 2019, p. 77)

Por tanto, si dos personas unidas por el amor deciden realizar vida en común, ya sea mediante el matrimonio o la convivencia, es porque existe un lazo de comprensión y afectividad. Esto despertará que ambas parejas se proyecten en tener hijos que serán el sostén de la familia; ya sea mediante, la procreación natural, la procreación asistida o la adopción. Empero, con el paso del tiempo, ya sea por incompatibilidad de caracteres, muerte de uno de ellos, o como consecuencia del divorcio, u otras

circunstancias que atraviesen pueden debilitar la familia que se ha construido; por ello, “el devenir los encuentre ante el desafío de iniciar otra vida de pareja y así dar vida a una nueva familia matrimonial o convivencial” (Krasnow, 2019, p. 125), como consecuencia del amor y otros aspectos fundamentales.

2.2.11. Desarrollo integral y una vida digna de los niños como consecuencia de la filiación socioafectiva

El desarrollo integral tiene que ver con el proceso global y continua maduración de los niños, niñas y adolescentes, que abarca su crecimiento físico, cognitivo, emocional y social, para el disfrute pleno de todos sus derechos integrales; al respecto, Ponce (2016), señala que “es un proceso interactivo de maduración que resulta de una progresión ordenada de desarrollo de habilidades perceptivas, motoras, cognitivas, de lenguaje, socioemocionales y de autocontrol” (p. 16). En tanto, para Santi León (2019), el desarrollo integral es aquella que alcanza “relacionamiento social que permite fortalecer habilidades y destrezas cognitivas, emocionales, físicas, sociales y culturales que harán que el individuo esté en condiciones más favorables para desarrollar su vida” (p. 144); ya que, este proceso comienza desde el nacimiento y continúa a lo largo de la infancia y la adolescencia y es influenciado por una variedad de factores, incluyendo la genética, el ambiente en el que viven los niños y las niñas, las experiencias que tienen y las relaciones que generan (Santi León, 2019).

De esta forma, el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes es aquella gama de cuidados de parte de la familia durante los primeros años que servirán de base para desarrollarse durante el resto de su vida.

Por otro lado, una vida digna para un niño es poder vivir sin miedo y con autonomía bajo el cuidado de las personas responsables que brinden la protección suficiente para el pleno desarrollo de su vida; por ello, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. De ello se deduce, que el nivel de vida adecuado o vida digna contiene diversos derechos como alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, entre otros. En tanto, el derecho a la alimentación adecuada “se ejerce cuando todas las personas tienen acceso físico y económico, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla y no sólo un conjunto de elementos nutritivos”.

De esta manera, el derecho a una vida digna engloba todos los derechos inherentes a la persona humana como alimentación, vivienda, una familia, un hogar, educación, y todo lo relacionado que ayude a su crecimiento y desarrollo integral de forma continua sin interrupciones.

Por tanto, el desarrollo integral y una vida digna de los niños y niñas depende básicamente del cuidado de los padres y de los familiares de ellos o de la identificación de los niños con su familia.

2.2.12. La protección de la Familia a través del cumplimiento de los derechos y deberes familiares

La familia es el fundamento primario que integra la sociedad y es la base de construcción de los valores de la persona humana, por cuanto, constituye la célula fundamental de la sociedad y que

Merece una protección especial de parte de la legislación, que parte de la Constitución Política hasta contar con un cuerpo normativo propio como es el Derecho de Familia, sobre todo por la función socializadora y educadora de los nuevos ciudadanos/as. Nadie puede negar la importancia de la familia, aunque hoy en día padezca una crisis de valores y de identidad. (Pérez Berrios, 2015, p. 31)

En tal sentido, considerando la crisis de la familia, está necesita protección y promoción de la sociedad y el Estado, para tener el relevo generacional necesario y contar con ciudadanos que aporten al desarrollo integral del país. Dado, que la familia evoluciona al igual que otras categorías jurídicas y se seguirá modificando con el objetivo principal de proteger la dignidad de la persona humana; así, en su forma evolutiva se ha presentado unida a la “institución del matrimonio que atribuye estabilidad social y legal al grupo formado como consecuencia del apareamiento del hombre y la mujer, aunque

no se niega la posibilidad de que como hecho existe y ha existido la familia no matrimonial” (Oliva Gómez, 2013, p. 13).

En tal sentido, la familia ha sido y es considerada por la humanidad como la expresión primaria y fundamental de la naturaleza social de la persona, dado que es la primera escuela valorativa en donde se forman los futuros ciudadanos para la vida social. Es ahí dentro de la familia, donde “el padre y la madre se comprometen mutuamente para ejercer, de forma conjunta y con responsabilidad, la educación de los hijos e hijas. Esta función social y educadora de la familia es vital para el buen funcionamiento de una sociedad” (Pérez Berrios, 2015, p. 32).

Por ello, la familia como institución cumple una función básica que es insustituible y está protegida y promovida, tanto por los tratados, declaraciones y convenciones de derechos humanos, así, como a nivel interno por la Constitución Política de 1993, al indicar en su artículo 4 que “la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio como como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, y también en el Código civil al indicar en su artículo 233 que “la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”.

En consecuencia, la protección de la familia como institución jurídica encuentra sustento internacional, constitucional y legal, empero, a

pesar de ello la familia en su estructura no biológica no está siendo protegida de manera expresa por el legislador; “pues no basta con que nazcan nuevos miembros, sino que éstos deben reunir las cualidades de formación y madurez necesarias para el bienestar de todos y todas” (Souto Paz, 2007, p. 45).

2.2.13. Jurisprudencia nacional relacionada con la filiación socio afectiva

Durante el desarrollo de la investigación se ha incluido jurisprudencia nacional relacionada con la filiación socio afectiva, pero dada la importancia de la investigación se unifica en este ítem para cuestiones académicas.

Casación N.º 950-2016- Arequipa, en este caso la Corte Suprema de la República, resuelve un caso de identidad personal donde una menor se encuentra identificada con su padre no biológico y sus hermanos, de modo que la Sala Civil de la Corte Suprema señala que las instancias han infringido el derecho a la identidad dinámica familiar y el interés superior del niño.

Casación N.º 4976-2017-Lima, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema resuelve otro caso de identidad personal relacionada a la filiación socio afectiva, porque hace mención a la importancia de la identidad estática, pues el derecho a la identidad está concebido no en favor de los padres sino en interés de los hijos, para que a través de él, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la

protección y desarrollo armónico e integral del menor y se garantice la vigencia de sus derechos fundamentales.

Expediente N.º 00139-2013-PA/TC- San Martín, F.J. 11 y 12, el Tribunal Constitucional hace referencia al derecho a la identidad estática, pues señala que este derecho no debe ser apreciado como un concepto unitario que engloba una sola realidad o que comprende una sola clase de características que identifican al individuo, sino que la identidad comprende dos facetas la estática, que no cambia con el devenir del tiempo y la faceta dinámica, que cambia de acuerdo a la evolución y maduración de la persona.

Expediente N.º 02914-2017-0-1601-JR-FC-04, de la Corte Superior de Justicia de la Libertad- Sala Civil, en este caso la Sala resuelve un caso específico de filiación socio afectiva, donde una madre no biológica solicita el reconocimiento como madre responsable producto de la convivencia y la identificación de la menor, basándose en el artículo 6 del Código de los Niños y adolescentes que señala los niños tienen derecho a su identidad biológica, pero también tienen derecho al desarrollo integral de su personalidad dentro del marco de su identidad dinámica según el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, porque la paternidad si bien es cierto, se basa en vínculos biológicos, pero también es cierto que se sustentan en posesión de estado padre e hijo, por tanto, la identidad biológica es importante pero no absoluta, que no solo se basa en lazos de sangre sino en lazos afectivos.

Expediente N.º 00136-2023-0-0601-JP-CI-01, de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, este caso si bien es uno de adopción, pero en los hechos se evidencia la afectividad, porque la menor nunca se identificó con sus padres biológicos sino con sus abuelos maternos, quienes finalmente interpusieron la demanda por adopción y que actualmente la menor ha cambiado su identidad.

2.2.15. Jurisprudencia comparada relacionada con la filiación socio afectiva

La filiación socio afectiva ha sido desarrollada también por la jurisprudencia comparada, aunque en la legislación cubana se incluye la figura de la multiparentalidad como una de las figuras novedosas en el vigente Código de las Familias (art. 21), si bien no prescribe de manera expresa, pero se entiende que dentro de ello se encuentra la afectividad.

la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia en la STC.8697-2021, del de catorce de julio de dos mil veintiuno, hace referencia de manera expresa a la filiación socio afectiva, porque señala que los derechos fundamentales de los menores (salud, alimentación, cuidado, entre otros) no solo deben estar atados a una condición biológica sino a un vínculo social y afectivo, que debe ser objeto de protección de parte de las autoridades estatales.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Llegados a este capítulo se desarrolla mediante el argumento cada una de las categorías de la hipótesis planteada en un primer momento, la misma que se planteó: Las razones jurídicas para la regulación de la filiación socioafectiva en el derecho de familia peruano son: El derecho a la identidad dinámica como consecuencia de la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y el respeto mutuo que determinan la personalidad del sujeto; el derecho a una familia digna de los niños, niñas y adolescentes, porque la familia no puede ser entendida de manera aislada, sino en concordancia con la pluralidad familiar; y, la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes para favorecer el desarrollo psicológico y los lazos afectivos producto del deseo y la voluntad de las personas, que afirman y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo; para ello, se formula la siguiente interrogante ¿Cuáles son las razones jurídicas para la regulación de la filiación socioafectiva en el Derecho de Familia Peruano?

Este trabajo se enmarca dentro del derecho de familia, por lo que, se busca mediante el discurso argumentativo evidenciar que dentro de la institución jurídica socioafectiva, está inmerso los principios elementales, como la identidad dinámica, el interés superior del niño y el derecho a una familia digna; en tal sentido, para demostrar la hipótesis se recurre a los métodos generales como: el deductivo, que es una forma de razonamiento lógico para llegar a conclusiones particulares a partir de las premisas generales como la identidad, el interés superior del niño y el principio de protección de la familia lo cual permitió la construcción del discurso argumentativo; también se utilizó el método inductivo,

porque permitió a partir de la doctrina, la jurisprudencia y la norma relacionados con la investigación proponer requisitos que determinen la filiación socio afectiva como norma general; en tanto, el método analítico permitió descomponer cada uno de los elementos de la hipótesis en partes más pequeñas y analizarlos de forma individual y mediante la síntesis permitió la reintegración de todos los elementos desintegrados que sirvieron de base para el desarrollo del argumento.

También para el discurso se utiliza los métodos propios del derecho como el dogmático jurídico, que sirvió para analizar la norma, la jurisprudencia y el aspecto fáctico relacionada con la investigación; además, se utilizó el método de la hermenéutica jurídica que sirvió para interpretar el espíritu de la norma (filiación biológica y filiación socio afectiva) es decir, porque el legislador no incluyó la figura jurídica de la afectividad porque la familia es cambiante con el transcurrir de los años; del mismo modo, se utilizó el método exegético que permitió estudiar de manera literal las normas relacionadas con la filiación matrimonial y extramatrimonial (filiación biológica); y, finalmente, el método de la argumentación jurídica, que fue fundamental para la construcción del discurso argumentativo de cada una de las categorías de la hipótesis y en base a ello emitir conclusiones de cada uno de los elementos de la hipótesis, los cuales pasamos a desarrollar.

3.1. El derecho a la identidad dinámica como consecuencia de la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y el respeto mutuo que determinan la personalidad del sujeto

La necesidad de regular la filiación socio afectiva en el derecho de familia como institución jurídica es la protección del derecho a la identidad dinámica de los niños, niñas y adolescentes, producto no del

reconocimiento biológico, sino de la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y el respeto mutuo que determinan la personalidad del sujeto, para ello se tiene en cuenta el aspecto filosófico, doctrinario, normativo y jurisprudencial.

Desde una perspectiva filosófica el derecho a la identidad se relaciona con la corriente del postpositivismo, porque esta corriente está asociada a un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico en el que convergen principios y derechos fundamentales como coexistencia de una moral objetiva, porque como señala Aguiló Regla (2007), la estructura del sistema jurídico no solo está compuesta por normas reglas (normas de filiación biológica), sino también por principios jurídicos que actúan como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores-valor de la identidad) jurídicos, de modo que esta corriente no solo implica la aplicación mecánica de las normas de filiación biológica, sino también la interpretación de las normas morales como el derecho a la identidad dinámica que tiene como componente la filiación socio afectiva de los niños, niñas y adolescentes como consecuencia de la afectividad que tiende a la identidad de la persona, porque la identidad como señala Manrique Urteaga (2018), no se agota en conocer el verdadero origen biológico en base a un dato genético (aspecto estático), sino sobre todo en que se respete el espacio de convivencia cargado de experiencias, afectos, pertenencia a un grupo familiar, que conforman los atributos de la personalidad, porque todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres sean estos biológicos o no y que los niños y niñas lo reconocen como sus padres o se identifican con ellos.

Desde el aspecto doctrinal el derecho a la identidad es visto no solamente desde el plano estático sino también dinámico; por eso, Fernández Sessarego (2006), señala que el derecho a la identidad es el conjunto de atributos y características tanto estáticas como dinámicas que individualizan a la persona en sociedad, pues se trata de todos aquellos rasgos que hacen posible que cada cual sea uno mismo y no otro; de esta manera, el autor incluye la identidad dinámica como identificación personal del sujeto, identificación que no solo se basa en el reconocimiento biológico, sino en hechos basados en el respeto mutuo, de un tratamiento recíproco de ida y vuelta como padre e hijo, firmes y consientes ambos en el conocimiento que realmente son parientes en primer grado entre sí (Varsi Rospigliosi, 2013), a la que se le denomina filiación socio afectiva, porque el derecho a la identidad implica que el ser humano en cuanto ser coexistencial, se comunica y se hace entre los demás con los otros, porque ningún ser particular puede realizar su destino personal sino lo hace con otros seres espirituales, en el interior de un todo del que cada uno forma parte (Fernández Sessarego, 1992).

De esta manera, existe unanimidad entre los doctrinarios en considerar que la identidad dinámica es la identificación de los niños, niñas y adolescentes con su familia no biológica, de modo que, dada la evolución de la familia ya no es imposible ignorar la filiación socio afectiva como institución jurídica dentro del derecho de familia, a pesar de no estar regulada pero existe desarrollo doctrinal relevante de la socio afectividad para su inclusión como institución jurídica porque la socio afectividad se sustenta en los lazos afectivos generados entre padres/madres e hijos a lo largo de la vida, lo

que constituyen una nueva fuente de filiación (Manrique Urteaga, 2020); de esta manera, no se está negando la paternidad biológica por el contrario es la fuente primaria de identificación personal que conlleva al desarrollo espiritual y social de la persona humana, pero dada la magnitud por ciertos cambios evolutivos de la familia, ya sea por muerte de uno de los padres biológicos o por irresponsabilidad de uno de ellos o simplemente por costumbre, es que los niños, niñas o adolescentes conviven con sus padres no biológicos y se identifican con ellos, que también necesitan la protección estatal y paternal con la cual se identifican aun conociendo su verdad biológica; por eso, Varsi Rospigliosi (2013), señala que la paternidad socio afectiva es el tratamiento dispensado a una persona en calidad de hijo y se encuentra sustentada en el sentimiento de cariño y amor, independientemente de la imposición legal o vínculo sanguíneo, de esta manera esta figura trasciende las imposiciones legales y se cimienta en una relación afectiva que debe ser tomada en cuenta para su determinación y establecimiento legislativo, porque la persona, el mismo que, como interés existencial, exige ser jurídicamente tutelado, pues se trata de la identidad del sujeto consigo mismo (Fernández Sessarego, 1992), porque hace posible que este, sin dejar de ser idéntico a sí mismo, sea también, simultánea y esencialmente un ser coexistencial; es decir, un ser que solo puede ser aprehendido y comprendido dentro de la sociedad” (Fernández Sessarego, 1992, p. 13); estas dimensiones conllevan al respeto y al derecho a la identidad de los menores con su familia, sean biológicos o no, sino lo importante es su identidad en tanto ser que se identifica con su familia que necesitan ser tutelados como consecuencia de la voluntad de

las personas que con el tiempo afirman y reafirman vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo.

En el aspecto normativo supranacional se protege el derecho a la identidad estática y dinámica de la persona humana, así el artículo 18 y 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley protege este derecho”, también señala que toda persona tiene derecho a una nacionalidad; agrega en su artículo 19 que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”; en tanto, el artículo 8 incisos 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre, y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, (...)”; asimismo, en el aspecto constitucional el derecho a la identidad está consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución que señala “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”, concordante con el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes que estipula el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres (sean biológicos o no) y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad.

De esta manera, en el aspecto normativo (supranacional, constitucional y legal), se observa el derecho a la identidad como un derecho universal y

fundamental regulado en los instrumentos de derechos humanos en la Constitución y en la norma legal, de manera que la identidad encuentra protección normativa no solo a nivel de identificación estática mediante el vínculo consanguíneo que reconoce la procedencia biológica, sino también la protección dinámica mediante las medidas de protección en favor de la condición de los menores por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, porque en una relación afectiva un individuo asume la figura materna o paterna sin ningún parentesco consanguíneo, y el otro asume la figura del hijo (Oliveira dos Santos y Turcinovic Bondezan, 2015); sin embargo, a pesar de la protección de la identidad (dinámica y estática), el legislador en el derecho de familia no ha regulado la filiación socio afectiva, vulnerando de alguna manera el derecho a la identidad dinámica de los niños, niñas y adolescentes, aun cuando dicha figura se puede invocar vía interpretación constitucional mediante el artículo 6 de la Constitución que regula como directriz constitucional la paternidad y maternidad responsable, siendo esencial en ese sentido el principio de igualdad de derechos de los hijos y la prohibición de toda mención sobre la naturaleza de la filiación sea esta biológica o afectiva, porque el reconocimiento de la filiación socioafectiva se da con la necesidad de mantener la estabilidad familiar, de tal forma que a parte de la verdad biológica como elemento primario de la familia también se reconozca la verdad socio afectiva (Días, 2013), bajo el principio de igualdad; por eso, es necesario su regulación en el libro del derecho de familia bajo ciertos requisitos, para que exista predictibilidad en el orden jurídico y sus miembros mantengan el orden social y se proteja el derecho a la identidad dinámica de los niños, niñas y

adolescentes que se identifican con su familia no biológica, producto de la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y el respeto mutuo entre el hijo y el padre.

También el derecho a la identidad dinámica de los niños, niñas y adolescentes en tanto componente de la filiación socio afectiva que se invoca en el presente trabajo para su reconocimiento legal, la jurisprudencia no ha sido ajena a dicha figura jurídica; por ello, el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 1217-2019-PA/TC. F. J. 30 y sigs, ha señalado que el derecho a la identidad regulado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución implica no solo conocer los datos objetivos del padre o la madre biológica, “sino también involucra la posibilidad de afirmar el valor y el respeto a la propia identidad, el desplegar las propias características identitarias e, incluso, el exigir las prestaciones o los derechos correspondientes con tal identidad”, de manera que la identidad de los niños, niñas y adolescentes no solo es que se identifique y reconozca quien es su primogénitor, o dicho de otra manera, la identidad no solo es a menudo como se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona, sino que involucra una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros (STC. Exp. N.º 01217-2019-PA/TC y 2273-2005-PHC/TC, fundamento 22).

De esta manera, el derecho a la identidad estática es fundamental dentro de la sociedad, pero dada la magnitud de la evolución de la familia, producto de vivencias e identificación familiar ya no es posible ignorar la filiación

socio afectiva; por eso, la Corte Suprema de la República en la Cas. N.º 950-2016-Arequipa, fundamento segundo señala que: “El derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal”, de manera que la identidad personal debe ser protegida en sus dos aspectos: estático y dinámico:

El estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil) y el dinámico, más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, (...).

De esto se deduce, que la Corte Suprema resuelve un caso donde se evidencia la identidad dinámica, producto de que la menor se identifica con su padre no biológico y sus hermanos, de manera que se trata de una institución jurídica que es concebida no en favor de los padres (biológico o afectivo), sino en interés de la menor, para que, a través de él, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral de la menor, y se garantice la vigencia de sus derechos, entre ellos el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

La misma Corte Suprema de Justicia de la República -Sala Civil Permanente- Casación N.º 4976-2017-Lima, también hace mención a la

importancia de la identidad estática al señalar que este derecho está concebido no en favor de los padres sino en interés de los hijos, para que a través de él, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos; porque el derecho a la identidad como señala el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 00139-2013-PA/TC- San Martín, F.J. 11 y 12, no debe ser apreciado como un concepto unitario que engloba una sola realidad o que comprende una sola clase de características que identifican al individuo, sino que la identidad comprende dos facetas la estática, que no cambia con el devenir del tiempo y la faceta dinámica, que cambia de acuerdo a la evolución y maduración de la persona; porque esta está conformada por el conjunto de atributos y calificaciones de la persona de cariz variable como son las creencias filosóficas, religiosas, ideológicas, la profesión, las opiniones, preferencias políticas y económicas, el perfil psicológico, la sexualidad, entre otros.

De esta forma, la identidad no solo lo configura el código genético, sino también la socio afectividad que permiten individualizar e identificar a la persona humana; por este motivo, la vinculación socioafectiva resulta ser fundamental porque no solo se trata de una lógica de filiación binaria, sino desde la pluriparentalidad, la filiación socioafectiva que, al igual que la paterno filial, incluye derechos fundamentales como el derecho a la identidad, a formar una familia en condiciones de igualdad y el principio del interés superior del niño; Por ello, la jurisprudencia comparada tampoco es ajeno a ello; así, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba- Argentina, en la sentencia N.º 75 ha señalado que la filiación socioafectiva no se basa en

un hecho biológico ni en la voluntad procreacional tampoco surge de un proceso adoptivo; sino más bien el elemento central de este tipo filiatorio que se encuentra en la realización de múltiples y diversos actos sostenidos a lo largo del tiempo que nos permiten apreciar que existe verdadera voluntad de ejercer el rol paterno y consecuentemente el de hijo o hija.

De esta manera, la vinculación afectiva, como consecuencia de las experiencias vividas del cariño y del respeto mutuo configura la identidad de la persona, porque implica vínculos significativos, recíprocos, entre los integrantes de una familia que encuentra su fuente en el afecto de importancia tal, que logra el nacimiento de un vínculo jurídico familiar (Millán, 2022); por ello, me reafirmo en mi posición de la importancia de la filiación socioafectiva como institución jurídica fundamental dentro del derecho de familia para formar y constituir una identidad familiar, porque debido a los cambios sociales y la falta de responsabilidad del padre o la madre biológica u otros cambios evolutivos, ha nacido la figura socioafectiva, que en algunos casos como los mencionados líneas arriba a desplazado a la filiación biológica, porque conforman la identidad de un sujeto o sujetos, distintos de los puramente consanguíneos integrados por las experiencias de la niñez, relacionado con los vínculos de familia y los aspectos de crianza que determinan el ser y sus proyecciones de vida (Medina Millamán, 2023); de ahí, que este aspecto de vinculación afectiva se le conoce como identidad dinámica y que de alguna manera escapa de los vínculos biológicos correspondiendo más bien a un fenómeno social y cultural.

También la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia en la STC.8697-2021, del de catorce de julio de dos mil veintiuno, ha señalado que la filiación socioafectiva comporta la calidad de los vínculos fraternos contruidos entre el infante y quien se predicaba su progenitor, los cuales no podrán verse interrumpidos en perjuicio de aquél, porque son derechos fundamentales de los menores la salud, el cuidado y el amor, los cuales no están atados a una condición biológica, sino a un vínculo social y afectivo, que debe ser objeto de protección; de esta manera, nace el vínculo afectivo de convivencia entre padres biológicos y no biológicos, producto del afecto y el cariño, que le puede dar el padre no biológico o la madre no biológica al menor de edad que necesita crecer y desarrollarse dentro de una familia para el cumplimiento de sus derechos integrales, constituyendo una nueva forma de familia producto del amor y la empatía; sin embargo, a pesar que existe desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la filiación socioafectiva, el legislador peruano en el Código Civil en el libro del derecho de familia, no ha regulado la filiación socioafectiva o los requisitos que deben cumplir ciertas personas para su reconocimiento, existiendo en ese sentido un vacío normativo.

En el aspecto fáctico en el expediente N.º 00136-2023-0-0601-JP-CI-01, de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, donde una menor no fue reconocida por su padre biológico al que tuvieron que interponerle una demanda de alimentos y filiación para que este reconozca como su hija, pero ella nunca vivió con su padre biológico, ni tampoco con su madre, sino con sus abuelos a los que les llamaba Papá y Mamá respectivamente, transcurridos los años, ella producto de la convivencia continua, el amor

mutuo y la responsabilidad se identifica con sus abuelos; posteriormente, cuando ya adolescente sabe la verdad, pero no se identifica con sus padres biológicos, luego sus abuelos interponen una demanda de adopción, a lo que ella acepta y señala que nunca cambiara a sus padres por otros, porque nunca se identificó con sus padres biológicos; la demanda fue declarada fundada y actualmente se hizo el trámite para el cambio de sus apellidos de sus abuelos y también estudia la carrera de derecho; en este caso, si bien es un caso de adopción, pero se evidencia la socio afectividad como consecuencia de la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y el respeto mutuo que determinan la personalidad de la adolescente; aunque el legislador ha regulado la filiación matrimonial (art. 361 del C.C.), la adopción (art. 377 del C.C.) y la filiación extramatrimonial (art. 386 del C.C.), siendo el reconocimiento biológico el más importante en el derecho de familia, pero dada la magnitud evolutiva de la familia, es necesario el reconocimiento de la filiación socioafectiva, que tiene íntima relación con la identidad dinámica del menor, que es mucho más amplia que la identidad estática; porque existe una dinámica de funcionamiento, que puede ser la madre quien mantiene una relación con otra persona distinta al padre biológico como figura paterna significativa que continua relacionándose con el menor de edad y que le asiste un afecto paternal, no solo físico sino moral

En consecuencia, la identidad es un derecho fundamental dentro del desarrollo de la persona humana, pero la identidad no solo es el reconocimiento de la identidad genética, sino también el reconocimiento de la identidad socio afectiva como consecuencia de la convivencia continua,

el amor, el afecto y la responsabilidad; por eso, aun cuando existe doctrina, jurisprudencia, normas relacionadas a la protección del derecho a la identidad estática, pero es necesario que esté regulada de manera expresa en el libro del derecho de familia, bajo ciertos requisitos o en el derecho de familia, bajo un debate parlamentario por mayoría de sus miembros que no será de aplicación inmediata sino a futuro, con la finalidad de proteger la identidad de los niños, niñas y adolescentes que tienen el afecto y el cariño mutuo entre padres que no son biológicos y que se identifican con ellos, porque construyen un marco de afecto de libertad de elección en la determinación de la familia que se desean construir, pues en este caso se deja excepcionalmente el elemento genético y resalta el sentimiento, por tal razón, surge un nuevo criterio de familia junto con el jurídico y el biológico el socioafectivo, pues esta nueva forma de integración de familiar también protege el derecho a la identidad dinámica de los menores, el derecho a una familia digna y el interés superior del niño.

3.2. El derecho a una familia digna de los niños, niñas y adolescentes, porque la familia no puede ser entendida de manera aislada, sino en concordancia con la pluralidad familiar

Otra de las razones jurídicas por lo que se pretende la regulación de la filiación socio afectiva, es el derecho a tener una familia digna y vivir dentro de ella e identificarse con la misma, porque la familia no puede ser excluyente y concluyente solo del vínculo matrimonial, sino debe ser en concordancia con el principio del pluralismo, de modo que esta categoría de la hipótesis se enfoca desde la concepción de familia teniendo en cuenta

el ámbito doctrinal, normativo supranacional, constitucional, legal y jurisprudencial.

La familia es una institución sociológica derivada de la naturaleza del ser humano, toda la comunidad se beneficia de sus virtudes, así como se perjudica por los conflictos que surjan de la misma (Ordóñez Torres y Sterling Casas, 2022), de modo que la familia viene hacer el instituto fundamental de la sociedad, pues en la actualidad no existe una sola forma de composición familiar, sino que existen otras formas de composición familiar producto de la evolución y la necesidad en la sociedad como las familias de crianza, que surgen cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre este y los integrantes de dicha familia” (Ordóñez Torres y Sterling Casas, 2022, p. 184); de esta manera, surge la familia socio afectiva como una fuente de relaciones de poder y una unidad social que distribuye bienes y cargas fundamentales con una dinámica propia de identificación de los niños, niñas y adolescentes que fueron criados fuera de los lazos de su familia biológica; por ello, que la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente como aquella surgida del vínculo matrimonial, sino también la que proviene del vínculo afectivo como consecuencia de la convivencia continua y mutua de identificación por parte de los padres no biológicos y los niños; al respecto

el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 10819-2017-0-1801-JR-DC-02, ha señalado que la Constitución establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, pero no ha definido el concepto de familia, menos aún lo ha limitado a una modalidad determinada. Por el contrario, se ha entendido que el concepto de familia debe interpretarse en un sentido amplio, dentro de los cuales está inmersa la familia socio afectiva, además, agrega que no solo se debe proteger a la familia, sino que se debe proponer al fortalecimiento de esta. En rigor, el derecho a la protección de la familia implica favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

Por eso, el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, de modo que todo niño, niña o adolescente que forman parte integrante de la familia se cual fuere su reconocimiento “tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (art. 19 de la CADH), por ello, el derecho a la identidad familiar resulta ser esencial para los menores de edad, porque el término familia como sostiene el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 09332-2006-PA/TC, lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo, esto es sean padres biológicos o no, porque desde una perspectiva constitucional la familia al ser un instituto natural se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales y estos cambios sociales ha significado un cambio en la estructura de la familia nuclear, conformada alrededor de la

figura del *pater familias*; consecuencia de ello es que ha surgido otras nuevas formas de familia como la socioafectiva que tiene como principio rector la identidad dinámica de los menores de edad.

Por ello, uno de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes es tener y vivir y ser parte integrante de una familia, no importando su forma de constitución, sino su forma de identificación familiar, por eso la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) de México, señala que la Todas las niñas, niños y adolescentes, tienen derecho a vivir en una familia y no podrán ser separados de ella por falta de recursos para su subsistencia, tampoco podrán ser separados de las personas que los tengan bajo su guarda y custodia, sino por orden de autoridad competente y mediante un debido proceso en el que haya sido tomada en cuenta su opinión y su interés superior.

De ahí que la Constitución Política del Estado, señala en su artículo 4, que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y a la familia; de ello se deduce, que el Estado regula el principio de protección de la familia de manera general no solo en su forma restringida sino también en su forma extensiva dentro de los cuales se encuentra la familia socioafectiva, como un deber del Estado de proteger la vigencia de los derechos humanos (art. 44 de la Const.), de los menores de edad que no fueron reconocidos o fueron negados por su padre o madre biológicos porque “la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables (entendida esta con todos los deberes de los niños, alimentación, vestimenta, afecto en todos los aspectos). Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir (art. 6 de la Const.);

decisión, que se basa en este caso en la afectividad de la madre o el padre no biológicos con los menores de edad que conforman una nueva forma de familia, con las cuales se identifican los niños, niñas y adolescentes que fueron reconocidos, de modo que el principio de protección de la familia y la identidad con la misma, son fundamentales para los miembros que conforman la familia; por ello, Varsi Rospigliosi y Canales Torres (2022), señalan que la familia es la célula básica de la sociedad y de la humanidad y necesita de protección sin importar la forma como está conformada, porque este principio vela por el respeto, seguridad, protección y todo en cuanto le favorece a la familia a modo de seguridad, sin importar su origen, condición, ni calidad de sus integrantes.

Por ello, toda persona humana y básicamente los niños y niñas tienen el derecho fundamental a vivir y tener una familia dentro de la sociedad, de modo que el Estado en tanto garante de los derechos humanos protege el principio de protección de la familia, porque la familia en sus distintas composiciones y estructuras dentro de ellos la familia socioafectiva, “considera el agente fundamental de cuidado y socialización de los hijos y el ambiente natural y óptimo para su protección y desarrollo” (Gómez Bengoechea y Berástegui, 2009, pp. 176-177); porque todo niño o niña sea cual fuere su identificación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (art. 16 Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Por eso Suárez Palacio y Vélez Múnera (2018), sostienen que la familia es el primer espacio donde los niños se desarrollan e identifican socialmente

a partir de un funcionamiento familiar determinado sea sanguíneo o afectivo; por ello, también la Convención sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo hace referencia a la familia como núcleo fundamental de formación y desarrollo personal, emocional y social en un ambiente de amor y acogimiento en tanto los niños, las niñas y los adolescentes maduran y adquieren la mayoría de edad; agrega en su artículo 5 la propia Convención que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada (dentro de la cual se encuentra la filiación socioafectiva) o de la comunidad.

En el ámbito legal, el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes, establece que “el niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado”; de este contenido normativo se evidencia de forma implícita, que el Estado protege, no solo la familia natural, sino también la familia socioafectiva, con la cual los menores se identifican, pero el legislador ha omitido la regulación de esta figura jurídica en el derecho de familia, vulnerando de alguna manera el principio de protección de la familia, la identidad de los menores y el derecho de vivir y tener una familia responsable; porque el niño según el Tribunal Constitucional en el Exp. 00869-2015-PHC/TC, señala que los niños y niñas necesitan para su crecimiento y bienestar el afecto de sus familiares, con los que los menores se identifican dentro de la sociedad; también la Corte Suprema de la República en la Casación 950-2016-Arequipa, señala que el niño al crecer, va asimilando la identidad de la familia y la cultura en que vive, ello en relación a la identidad de los

menores, por tanto, negársele o impedirselo para su identificación con su familia socioafectiva o natural, entorpece su crecimiento y los lazos afectivos que tienen hacia el padre o la madre no biológica, vulnerando la dignidad de la persona humana.

De esta manera, los niños, niñas y los adolescentes sea cual fuere su forma de constitución familiar tienen el derecho fundamental a la protección de la familia, porque en la actualidad debido a cambios sociales y evolución de la familia e hijos no reconocidos por su padres o abandonados por los mismos, nace el reconocimiento socioafectivo como principio rupturista del vínculo filial natural, producto de la voluntad, el cariño y el afecto, que son valores fundamentales inmersos no solo en la socioafectividad, sino también en la familia natural, “porque nace la deconstrucción del paradigma biológico binario de la filiación natural, a partir de la incorporación y el desarrollo del principio de la socioafectividad” (Aguirre Mesa, 2021, p. 120), pero en la actualidad estos valores son inobservados por el legislador peruano en la determinación del vínculo filial afectivo, pues no está regulado la filiación socioafectiva como principio de protección de la familia.

De esta forma, el principio de la socioafectividad en el sistema filial peruano “contribuirá a la solución jurídica con relación al vínculo filial de las llamadas familias de crianza y posibilitará el camino para lograr su reconocimiento jurídico de los problemas actuales” (Aguirre Mesa, 2021, p. 120), porque en esta forma de constitución de familia, el hijo no navega en el corazón sanguíneo, sino que “se edifica por el cordón umbilical del amor, del afecto, del desvelo, del corazón y de la emoción” (Welter, 2002, p. 128); ya que, la familia cumple distintas funciones relacionadas con el desarrollo infantil de

los niños y niñas, como “la satisfacción de necesidades básicas, la protección del niño, su socialización y educación, su integración social y el apoyo en la construcción de sentimientos de pertenencia e identidad personal” (Gómez Bengoechea y Berástegui, 2009, pp. 177); por eso, es fundamental el reconocimiento de la filiación socioafectiva, pues como señala el Juzgado de familia de Niños y Adolescentes de Córdoba-Argentina en la sentencia de fecha 18 de febrero de 2020, este principio no puede soslayarse el valor que adquiere la socioafectividad para la aceptación de nuevas realidades que se presentan y a las que debe dársele una respuesta, porque la sociedad evoluciona y debe actualizarse determinadas situaciones, como la pluriparentalidad.

Por ello, la familia es la institución que más ha evolucionado en los últimos tiempos, constituido por el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar existiendo, no solo la clásica familia en sentido restringido (conformado por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad), sino también otras nuevas formas de familia dentro de la cual se encuentra la familia socioafectiva, que no está regulada en el derecho de familia; esta nueva forma de familia se produce como sostiene Belluscio (2004), como consecuencia de actos voluntarios (separación unilateral, divorcios y no reconocimiento de los menores, entre otros) o aún de hechos fortuitos, como la muerte de uno de los integrantes de la pareja, que conlleva al afecto y cariño por uno de los padres no biológicos; ello implica, que la familia sea natural o afectiva, es un derecho fundamental para el desarrollo y la vida digna de los menores con las cuales se identifican en la sociedad.

De esta manera, el derecho de los niños, niñas y adolescentes, a tener y a vivir en el seno de una familia digna, es un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad humana y en los derechos a la vida, a la identidad (porque se identifica con su familia sea biológica o no), a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar consagrados en los artículos 1 y 2, inciso 1, de la carta fundamental (STC. Exp. 01150-2020-PHC/TC. F.J. 8); ello en relación al principio de protección especial del niño, plasmado en el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, que señala “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, (...)”, y ello se logra en función a una familia que lo reconoció como su hijo, producto de la empatía con la madre biológica, el niño o la niña y el padre no biológico o viceversa.

Por tanto, el Estado como garante y protector de los derechos humanos de los menores de edad, tiene el deber mediante el Poder Legislativo de incorporar o regular la filiación socioafectiva bajo ciertos requisitos que deben ser cumplidos por los padres no biológicos, como una nueva forma de constitución de familia, teniendo en cuenta el principio de pluralismo, porque la familia no debe ser entendida como un concepto cerrado y unitario en una sociedad plural, porque este principio actúa transversalmente todo el derecho de familia, porque es el elemento necesario de las relaciones familiares que se basan en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de ser padres que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo, con las cuales los menores de edad se identifican dentro de la sociedad, ello en

relación a vivir y tener una familia digna, no importando si es natural o afectiva.

3.3. La protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes para favorecer el desarrollo psicológico y los lazos afectivos producto del deseo y la voluntad de las personas, que afirman y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo

Finalmente, la última razón jurídica por la que se pretende regular la filiación socio afectiva, es la protección del interés superior del niño, porque se protege el desarrollo psicológico y los lazos afectivos que han afirmado y reafirmado con el tiempo entre padres e hijos no biológicos de forma integral, para ello se tiene en cuenta los aspectos doctrinales, jurisprudenciales relacionados al elemento de la hipótesis.

El interés superior del niño actúa como parámetro primordial a tener en cuenta por cualquier dependencia pública o privada en todas las medidas que los involucren (Manrique Urteaga, 2021), de manera que este principio resulta ser esencial en proteger de manera integral los derechos de los niños, niñas y adolescentes que trasciende el aspecto normativo, porque la norma señala como regla de identidad estática, la filiación biológica, pero el interés superior va mucho más allá de la ruptura de la regla, porque detrás de cada norma existe una razón subyacente que puede ser un principio o un derecho fundamental que constituye la moral, de modo que el interés superior es vinculante a todos los poderes públicos y privados que es concebido no en favor de los padres sino en interés de los hijos, para que, a través de él, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se

garantice la vigencia de sus derechos, entre ellos el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

De esta manera, el interés superior del niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal, debiéndose considerar sus alcances cada vez que se adopten decisiones que los tengan como destinatarios (Sentencia 01665-2014- HC/TC), porque este principio también surge como consecuencia de la paternidad socio afectiva producto de la existencia de lazos afectivos entre el hijo y el padre no biológico, porque la afectividad se funda en mejor interés del niño y en la dignidad de la persona humana, ya que tiene el carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas (Cillero Bruñol, 2001).

En el aspecto supranacional, la Convención sobre los Derechos del Niño marco un cambio de paradigma en el marco de protección de los niños, niñas y adolescentes, porque incluye uno de los principios elementales como el interés superior del niño, dejando la visión a los niños de solo ser objetos que deberían ser disciplinados, tutelados, protegidos y controlados, para proteger de forma integral todos sus derechos y “comprender que los niños no son seres inacabados, sino personas con iguales derechos que los adultos y merecedores de respeto” (Garate, 2016, p. 121); porque son “personas con total dignidad y capaces de decidir sobre su propia vida, ejerciendo su libertad, con necesidades y cuidados especiales, teniendo en cuenta el desarrollo progresivo de sus capacidades, según el estadio evolutivo en el cual se encuentren” (p. 121), de modo que los niños, niñas

y adolescentes ejercen su autonomía de identidad familiar, como en el presente caso producto de la socio-afectividad, no con el padre o madre biológica, sino con el padre o madre producto de la empatía y la afectividad que da lugar a la filiación socioafectiva y que se identifican con ellos como su verdad familia, porque la socio-afectividad marca la evolución en el derecho de familia moderno.

De ahí, que el principio del interés superior del niño, es un derecho y un principio fundamental relacionando con todas las medidas (legislativa o judicial) que tome el Estado será en favor del cumplimiento integral de todos los demás derechos conexos de los niños y niñas sin importar la forma de filiación; por eso, Torrecuadrada García (2016), señala que este principio es un derecho subjetivo de los niños y niñas y es “un principio inspirador y fundamental de los derechos de los que son titulares, que posee un propósito protector de los menores debido a su especial vulnerabilidad a causa de la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con total autonomía” (p. 139).

De esta manera, la Convención Sobre los Derechos del Niño regula de manera explícita el principio del interés superior del niño en su artículo 3, al señalar que todas las medidas que se tomen respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del niño; ya que, corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo; de modo, que cuando los padres biológicos no tienen la capacidad para reconocer como sus propios hijos a los procreados, el Estado debe tomar o legislar en este caso la filiación

socioafectiva para el reconocimiento legal de los padres no biológicos que nace producto del amor, la empatía y la responsabilidad paternal, como principio transversal del derecho de familia.

Por eso, la Convención sobre los derechos del niño, es una excelente síntesis de normas protectoras provenientes de instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia (Cillero Bruñol, 2001); de modo, que las disposiciones contenidas en la Convención, deben ser interpretadas a la luz del contexto integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por cuanto, son normas de carácter fundamental que se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas de prevención y protección de los derechos de los menores de edad sin importar su condición de donde provengan, porque orientan al desarrollo de una cultura igualitaria y respeto de los derechos íntegros de los infantes.

Sin embargo, a pesar que existe protección supranacional de los derechos del niño, niña y adolescente, el Estado peruano mediante el Poder Legislativo no ha regulado la filiación socioafectiva, como derecho fundamental de la familia a la libre elección de decisión de formar una familia ante aspectos negativos de los padres biológicos que no asumen la responsabilidad como padres de sus hijos biológicos, pues la filiación socioafectiva es un principio de ruptura de la filiación natural, cuando existen niños desprotegidos paternalmente y que estos se identifican producto del afecto con una persona diferente a su padre o madre biológica; porque, según el Juzgado de Familia de Niños, niñas y adolescentes de

Córdoba- Argentina, Sentencia del 18 de febrero del 2020, señala que el reconocimiento de la pluriparentalidad involucra derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, como el derecho a vivir en una familia, el derecho a crecer y desarrollarse en un ambiente saludable, el derecho de la niña o niño a ser oído, la necesidad de definir su situación jurídica en lo que hace a sus derechos de naturaleza familiar o de identificación familiar; el derecho a que la situación de la niña cuente con un marco jurídico y así satisfacer su derecho a la tutela judicial efectiva, que debe ser garantizado además por la calidad de persona de especial protección.

Además, la protección del interés superior del niño, implica también la protección de la paternidad y/o maternidad responsables, no importando si provienen de padres biológicos o producto de la afectividad y la empatía con los infantes, con las cuales se identifican los menores de edad y reconocen a los padres no biológicos como sus verdaderos padres, pues estos les dan el cariño y el afecto que no tuvieron de los padres biológicos; empero, a pesar de la protección del interés superior del niño el legislador en el derecho de familia peruano, no ha regulado la filiación socioafectiva, para el reconocimiento de los infantes del padre o la madre no biológicos, como consecuencia de la afectividad; a pesar que el artículo 3 de la Convención señala que: en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño; de modo, que la Convención dispone que toda la estructura del Estado vinculada a la niñez, debe tener preeminencia el interés superior del niño,

dado que es un principio rector que guía la Convención, ya que, este se identifica con todos los derechos integrales de los infantes y que debe primar sobre cualquier otra índole de carácter cultural o natural excepcionalmente;

Por eso, en la Casación 950-2016- Arequipa, emitida por la Corte Suprema de la República, señala que el interés superior del niño parte de la premisa, de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos, como lo señala de una manera más amplia y precisa la Declaración de los Derechos del Niño, en su Principio 2, al establecer que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”.

Por otro lado, el artículo 4 de la Constitución Política del Estado consagra el principio de protección de los menores incapaces, al señalar que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...) en situación de abandono”; de esta manera, la Constitución fija los parámetros que protege el derecho de los sujetos más vulnerables y dependientes, porque durante la infancia, la familia es la primera fuerza que interviene modulando las experiencias infantiles; de este modo, durante los primeros años la familia y la paternidad responsable son esenciales para el crecimiento y desarrollo de los niños y niñas, pues ellos se identifican con la familia que está siempre a su lado, sean biológicos o afectivos, porque de ello dependerá la identificación y la personalidad progresiva de los menores de edad; por ello, es necesario no solo la protección y regulación

de la paternidad y/o maternidad biológica, sino también la filiación socioafectiva como una nueva forma de evolución del derecho de familia; ello también en relación a lo que sostiene Montagna (2016), que debido al aumento en el número de divorcios y la irresponsabilidad de los deberes de los padres biológicos, conlleva a los cambios en la estructura de la familia; por eso, en los últimos años la doctrina y la jurisprudencia plantean en muchos países cuestiones comunes a los campos de la ley, dentro de ellos los asuntos a la paternidad socioafectiva y de esta manera efectivizar el interés superior del niño y la paternidad y/o maternidad socioafectiva responsables, porque esta relación como señala Salituri y Videtta (2021), resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales, pues el vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera ser su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar; por este motivo, el interés superior del niño como sostiene el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 04937-2014-PHC/TC, FJ. 10, se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal, debiéndose considerar sus alcances cada vez que se adopten decisiones que los tengan como destinatarios, deberes tanto a instituciones privadas como públicas, exigiendo de todos ellos una actuación garantista de sus derechos e identidad familiar, de acuerdo con cualquier decisión que involucre a un menor, considerándolo como un sujeto de derecho al que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos fundamentales.

Del mismo, la norma legal en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, prescribe que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes

Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos; de esto se observa que la norma legal protege de manera explícita el principio del interés superior, ya que, es un derecho subjetivo fundamental, pues toda norma que haya de aplicarse en una situación que afecte real o potencialmente a un menor ha de interpretarse a la luz de su interés superior (García Lozano, 2015), lo que conduce que el órgano encargado de la aplicación de una norma (Poder Judicial y RENIEC), tiene y debe considerar, de entre todas las interpretaciones posibles, aquella que pueda aportar una norma aplicable a un caso que afecta directa o indirectamente a un niño; empero, si no existe norma explícita como la filiación socioafectiva, el órgano encargado de aplicar la norma, tendrá en cuenta el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley (art. 139.8 de la Const.), teniendo en cuenta el interés superior de niño y la protección de la paternidad y/o maternidad afectiva producto de la empatía.

Por tanto, la protección del interés superior del niño, encuentra protección supranacional, constitucional y legal, como un principio elemental para el cumplimiento íntegro de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de manera que este principio se relaciona con la protección de la paternidad y/o maternidad responsables que desarrollan las relaciones afectivas, con las cuales se identifican los menores dentro de la sociedad, pero a pesar de la importancia de este principio que es un componente de la filiación socio afectiva, esta figura jurídica no está regulada en el libro del derecho

de familia de manera expresa, vulnerando de alguna manera este principio que se relaciona con el el derecho a vivir, identificarse y gozar dentro de una familia digna y responsable.

CAPÍTULO IV**PROYECTO DE LEY****PROPUESTA NORMATIVA PARA REGULAR LA FILIACIÓN SOCIO-AFECTIVA EN EL DERECHO DE FAMILIA PERUANO**

Por los fundamentos esgrimidos en el capítulo anterior, el suscriptor ha elaborado la siguiente propuesta legislativa:

LEY QUE RECONOCE EL DERECHO A LA FILIACIÓN SOCIOAFECTIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**Artículo 1. - OBJETO DE LA LEY**

La presente Ley tiene por objeto regular de manera expresa en el libro de familia del Código Civil peruano la filiación socioafectiva, para garantizar el derecho a la identidad, el principio de protección de la familia y el principio del interés superior del niño, como consecuencia de la convivencia continua, el amor y el respeto de los padres hacia los hijos no biológicos.

FILIACIÓN SOCIO AFECTIVA**Artículo 414-A. Noción de la filiación socio afectiva**

La afectividad es la relación recíproca paterna y materna de padres y madres quienes cumplen la función de cariño, respeto, responsabilidad con los hijos partiendo de los valores en la cual el afecto es su principal razón de integración y unión de identificación personal que conforman una nueva forma de familia y que comparten vida en común.

Artículo 414-B. Requisitos de la filiación socio afectiva

Para la filiación socio afectiva se requiere:

- 1.- El niño, niña y adolescente preste su asentimiento de tener una relación de filiación socioafectiva con sus padres no biológicos.
- 2.-Que, los padres no biológicos tengan la capacidad física y moral para cumplir con todas sus obligaciones.
- 3.- Que, el niño, niña o adolescente se identifique con sus padres no biológicos y muestre relación de felicidad.
- 4.-Que, el padre o madre afectiva ocupe en la vida del niño la función de un padre biológico.
- 5.- Que, sea aprobada por el juez especializado en familia.
- 6.- Demostración de convivencia continua, amor, respeto, responsabilidad, entre otros aspectos convivenciales.
- 7.- Presentación de testigos dos o tres que evidencien la convivencia y la afectividad entre padres e hijos y la opinión del niño respaldada con informe de asistencia social y psicológica.

Artículo 414- C. Trámite de la filiación socio afectiva

La filiación socio afectiva se tramitará con arreglo a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, la Constitución, los tratados internacionales y el Código de los niños y adolescentes.

Terminado el procedimiento el juez oficiará a los Registros Civiles del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, para el reconocimiento de su identidad.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. PROPUESTA DE LA PRESENTE INICIATIVA LEGISLATIVA

La presente propuesta legislativa, se presenta con la finalidad de adecuar al marco vigente del Código Civil la filiación socioafectiva, producto de la evolución del derecho de familia y como consecuencia de la convivencia continua, el amor, la responsabilidad entre otros atributos, con los padres no biológicos o uno de ellos.

1.1. La Constitución y la protección del derecho a la identidad de los menores de edad

La Constitución es la fuente primaria de todo el ordenamiento jurídico incluido el derecho constitucional, porque incluye una serie de garantías, principios y derechos fundamentales como el derecho a la identidad (art. 2.1.), de toda persona, que tiene como fundamento esencial a la persona y su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado (art. 1 de la Const.); por ello, la Constitución es la norma suprema y fuente de fuentes de todo el sistema jurídico interno porque “fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se debe asumir las tareas del Estado” (Hesse, 1983, p. 16).

Así, la Constitución positiviza los derechos fundamentales que ostentan la calidad de valores, como la identidad de los menores de edad que son

reconocidos por el padre o la madre no biológicos y que ellos identifican como su familia dentro de la sociedad, porque son ellos los que le dan protección y cumplimiento íntegro y pleno de sus derechos; por cuanto, la regulación de la filiación socio-afectiva, implica la garantía de la identidad dinámica y el derecho a vivir en una familia y de esa manera se protege el interés superior del niño y la paternidad responsable, que tienen como finalidad el bienestar de los menores y la plena protección de sus derechos.

En consecuencia, la Constitución protege el derecho a la identidad (estática y dinámica) que es un derecho fundamental que está compuesta por la filiación (relación que va tener el padre con el hijo sea matrimonial, adopción, extramatrimonial o socio-afectiva); por cuanto, si el padre no es el biológico, se debe analizar objetivamente la relación entre el padre afectivo y el niño/a y se debe tener en cuenta la identificación del niño/a con el padre no biológico, como ha sucedido en la Casación 950-2016-Arequipa, donde la menor se identifica con el apellido de su padre no biológico.

1.2. Derecho a la identidad

Este derecho constitucional (art. 2.1 de la Const.), es fundamental en la identificación de los niños, niñas y adolescentes, pues no solo contiene la identidad estática (derecho a un nombre, un apellido, una nacionalidad, entre otros), como identidad única o absoluta, sino también una identidad dinámica, donde prima no solo el dato genético, sino que su principal fuente es el afecto de aquellos padres que han venido portándose como tales, en relación a hijos con los cuales no tienen una ligazón biológica,

producto de los lazos fuertes de cariño y aprecio hacia las personas que los han criado como hijos biológicos, sin ser sus padres (Pleno Jurisdiccional de Familia, 2022).

De manera, que la identidad dinámica también es fundamental en la evolución del derecho de familia, porque en la actualidad existe doctrina y jurisprudencia relacionada a la figura de la afectividad como identidad dinámica de los niños, niñas y adolescentes que se identifican con su familia, pues los hijos no se sientan identificados con sus padres biológicos, y expresen sus deseos de seguir unidos con sus padres de crianza, queriendo mantener el vínculo con los mismos, deseando mantener sus apellidos y querer seguir viviendo con los mismos (Pleno Jurisdiccional de Familia, 2022).

Por eso, el derecho a la identidad debe verse no solo desde el aspecto estático, sino también dinámico, porque es ahí donde surge la necesidad de la filiación socio afectiva como nueva forma de identificación familiar.

1.3. Interés superior del niño

El principio del interés superior del niño, encuentra asidero supranacional (Convención Internacional sobre los derechos del niño), por cuanto, reconoce la especificidad, se concretan y se profundiza la generalización y se avanza hacia la igualdad de todos los niños y niñas del mundo; dado que la especificación refiere no sólo a los titulares de los derechos, en este caso niños y niñas, sino también a su contenido, ya que se les reconocen derechos que atienden sus particulares necesidades y condiciones (del Valle Cobar, 2011); también encuentra asidero constitucional, al señalar en su artículo 4 que “la comunidad y el Estado

protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”, en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, que establece, en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado mediante los poderes públicos así como a acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

En tanto, a nivel jurisprudencial (STC. Exp. N.º 04937-2014-PHC/TC, Exp. N.º 01817-2009-PHC/TC y la Casación Nro. 950-2016-Arequipa), existe protección especial del niño, niña y adolescentes pues requieren, asistencia, cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento, todos estos derechos conllevan a tener una vida plena en todos los aspectos.

Así, bajo este principio el niño/niña, deja de ser objeto de protección, para convertirse en sujeto titular de derechos que debe ser protegido, promovido y empoderado de los mismos, por el Estado, mediante los órganos públicos y privados, teniendo en cuenta la defensa de la persona y su dignidad como principio-derecho primario del sistema jurídico; en tal sentido, este principio engloba también la filiación socio-afectiva, que conlleva a tener y a vivir en una familia digna, a la identidad estática y dinámica, con las cuales los menores reconocen como su padre a las personas que le dan protección y cuidado, sean biológicos o no.

1.4. Paternidad responsable

La paternidad de manera general implica el deseo de una persona de ser padre o madre que influye en un compromiso real sin tener vínculo biológico frente a la relación afectiva tripartita entre padres e hijos, pues en los últimos años el derecho de familia ha evolucionado existiendo en la actualidad casos de paternidad distinta a la filiación matrimonial y extramatrimonial, como la filiación socio-afectiva (Casación 950-2016-Arequipa), esto es el derecho y el deseo de ser padre sin tener la sangre biológica, sino producto del amor y la empatía que conlleva a la paternidad responsable, a pesar de no tener el vínculo sanguíneo, pero la menor se identifica con su padre no biológico y que lo reconoce ante la sociedad como su padre.

En tal sentido, la paternidad responsable implica la relación y el involucramiento del padre, con la madre y los descendientes, no solo en la provisión de recursos económicos, sino también en el afecto, la crianza y la vida cotidiana todos bajo un mismo techo; al respecto Varsi Rospigliosi (2013), señala que la paternidad responsable “es asumir voluntariamente un compromiso filial bajo el esquema que el derecho a la filiación no es solamente el derecho a la filiación biológica es, también, el derecho a la filiación vivida” (p. 599); por cuanto, enlaza implícitamente el artículo 4 de la Constitución con el compromiso y el compartimiento de los sujetos (padre, madre e hijos). Así, la declaración del principio es un reconocimiento de la filiación socioafectiva o como la filiación por ligación afectiva

Por lo tanto, la paternidad responsable, no solo se refleja en que sea el padre biológico, sino en aquella persona que les da protección y una vida

digna a los infantes, porque la paternidad responsable en la filiación socioafectiva, se ve reflejado por el deseo de una persona de ser padre y por la identidad de los menores de edad, que, sin tener un vínculo biológico con el niño, este le reconoce como tal porque el padre no biológico abarca un compromiso real.

1.5. Filiación

La filiación surge de forma natural (procreación) o legal (adopción), dado que,

Es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado. Es una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco y portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y, lógicamente, a estos con aquel.

(Méndez Costa, 1986, p. 13)

Así, "filiación es sinónimo de progreso y regreso. De las presunciones al ADN, del ADN a la vivencia y voluntad, la renombrada paternidad socioafectiva" (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 7)

Empero, de acuerdo al Código Civil vigente la filiación puede ser matrimonial (art. 361) y extramatrimonial (art. 386). Además, por la adopción (art. 377), el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea; de ello se evidencia, que el legislador no ha regulado la filiación socioafectiva.

1.5.1. Filiación extramatrimonial (art. 386 del C.C.)

La filiación extramatrimonial regulada en el derecho de familia “admite la determinación unilateral, a pater y a mater, que suele ser la regla general, aunque la cabe la determinación conjunta” (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 87); en tal sentido, este tipo de filiación, puede ser extrajudicial, esto es a través del acto voluntario o del reconocimiento judicial, que deriva de un proceso civil a través de una sentencia como modo de determinación de la filiación.

1.5.2. Filiación socioafectiva

Una de las figuras jurídicas que ha evolucionado en el derecho de familia en los últimos años es la relación de afectividad, como consecuencia del amor, el cariño entre padres e hijos no biológicos que conlleva a una nueva forma de familia, ya sea por actos voluntarios (abandono, irresponsabilidad de los hijos) o casos fortuitos (muerte u otra causa de uno de los padres).

En tal sentido, la unidad en la filiación es elemental, por cuanto, no solo implica la filiación matrimonial o extramatrimonial, sino también la filiación como sostiene Varsi Rospigliosi (2013), por afección, esto es la denominada filiación socio-afectiva, no solo la verdad biológica, Porque se sustenta (genéricamente) en el respeto y máxima consideración que merece el ser humano y (específicamente) en la igualdad y dignidad que goza el mismo, estableciéndose que el hecho de la generación de vida es uno solo y que, como tal, la filiación presenta la misma característica Unidad por lo que los distingos y diferenciaciones se condicen con la esencia propia de esta relación jurídica familiar. (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 91)

Por lo tanto, la filiación socio-afectiva, implica que el padre no biológico por afecto y cariño confiere su apellido en la partida de nacimiento del niño o niña que se identifica con su padre; ello no implica que el padre biológico no sea fundamental dentro del derecho de familia, por el contrario es la base de la familia, pero sin dejar de lado excepcionalmente el vínculo socio-afectivo y los derechos que de ella se configuran, igual que la filiación matrimonial y extramatrimonial, porque se originan de una paternidad legalmente existente, por cuanto, el estado de filiación como sostiene Varsi Rospigliosi (2013), proviene “de la comunión afectiva que se construye entre padres e hijos, independientemente de ser parientes consanguíneos originarios, por lo que no debe confundirse el derecho al conocimiento del origen genético con el derecho a la filiación, sea genética o no” (p. 595), pues como agrega el propio autor una prueba de ADN negativa no puede albergar el poder para dismantelar la filiación cuando está probada la existencia de vínculo socio-afectivo por lo que se dice que la imputación de una paternidad biológica no sustituye el estado de filiación, empero, este se ha generado como consecuencia del afecto y como tal debe prevalecer excepcionalmente.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta legislativa, busca regular la filiación socioafectiva en el derecho de familia y de esta manera reconocer y garantizar el derecho a la identidad dinámica de los menores de edad, así como el interés superior del niño, a tener y vivir en una familia digna como consecuencia de la paternidad y/o maternidad responsable producto de la afectividad, además, dicha propuesta no generará ningún gasto al Estado, por el contrario ayudará

a la comunidad jurídica y administrativa como la RENIEC a tener en cuenta la identificación con su padre o madre no biológicos ante la sociedad.

III. EFECTO DE VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente norma no contraviene las disposiciones legales vigentes, por el contrario permitirá la regulación en el libro de familia del Código Civil la filiación socioafectiva que, de alguna manera ayudaría a resolver la controversia de las familias emparejadas producto de la afectividad.

CONCLUSIONES

1. La identidad es el conjunto de atributos y características tanto estáticas como dinámicas que individualizan a la persona en sociedad, pues se trata de todos aquellos rasgos que hacen posible que cada cual sea uno mismo y no otro.
2. La identidad estática es restringida y solo está basado en la identificación personal (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil), en cambio, la identidad dinámica como identificación personal del sujeto, es aquella que no solo se basa en el reconocimiento biológico, sino en hechos basados en el respeto mutuo, de un tratamiento recíproco de ida y vuelta como padre e hijo, firmes y consientes ambos en el conocimiento que realmente son parientes en primer grado entre sí.
3. La familia es una institución sociológica derivada de la naturaleza del ser humano pues toda la comunidad se beneficia de sus virtudes, así como se perjudica por los conflictos que surjan de la misma, porque la familia viene hacer el instituto fundamental de la sociedad, pues en la actualidad no existe una sola forma de composición familiar, sino que existen otras formas como las familias de crianza, que surgen cuando un menor ha sido separado de su familia biológica y cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre este y los integrantes de dicha familia

4. Uno de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes es tener y vivir y ser parte integrante de una familia, no importando su forma de constitución, sino su forma de identificación familiar, porque las niñas, niños y adolescentes, tienen derecho a vivir en una familia y no pueden ser separados de ella por falta de recursos para su subsistencia, tampoco podrán ser separados de las personas que los tengan bajo su guarda y custodia, sino por orden de autoridad competente y mediante un debido proceso en el que haya sido tomada en cuenta su opinión y su interés superior.
5. El interés superior del niño, contenido en la Convención sobre los derechos del niño, es una excelente síntesis de normas protectoras provenientes de instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia, pues son normas de carácter fundamental que se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas de prevención y protección de los derechos de los menores de edad sin importar su condición de donde provengan, porque orientan al desarrollo de una cultura igualitaria y respeto de los derechos íntegros de los infantes, dentro de los cuales se encuentran la paternidad y/o maternidad responsable no importando si es biológica o socio-afectiva.
6. El contenido del interés superior del niño, niña y adolescente regulado en la carta fundamental (art. 4) y en la norma legal (CDN art. IX del T.P.), implica también la protección de la paternidad y/o maternidad responsables, no importando si provienen de padres biológicos o producto de la afectividad y

la empatía con los infantes con las cuales se identifican y reconocen a sus padres no biológicos como sus verdaderos padres como consecuencia de la convivencia mutua, el respeto y la responsabilidad.

RECOMENDACIONES

- 1.** Recomendar al legislador que no será de aplicación inmediata, mediante mayoría de sus miembros y debate parlamentario incluir la regulación de la filiación socioafectiva en el libro del derecho de familia, bajo ciertos requisitos con la finalidad de no vulnerar la identidad dinámica, el interés superior del niño, el derecho a vivir y tener una familia digna.
- 2.** Recomendar a las Defensorías del Niño, niña y del Adolescente de los Municipios, conocidas como DEMUNA (Defensorías Municipal del Niño y del Adolescente), tener en cuenta excepcionalmente la filiación socio afectiva y la identificación de los menores con su familia producto de amor y la empatía con el padre o la madre no biológicos.
- 3.** Recomendar al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), tener en cuenta la familia socio-afectiva, con las cuales se identifican los menores de edad, como consecuencia del no reconocimiento, maltrato infantil, irresponsabilidad, situación de riesgo o desprotección familiar, víctimas de violencia, u otras situaciones de vulnerabilidad por parte del padre o la madre biológicas.

LISTA DE REFERENCIAS

- Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y postpositivismo. dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *DOXA*, 665-675.
- Aguirre Mesa, V. (2021). La socioafectividad como principio rupturista del paradigma biológico binario de la filiación natural. *Revista Pluriverso*, 119-161.
- Belluscio, A. C. (2004). *Manual de derecho de familia. Tomo I*. Argentina: ASTREA.
- Benítez, M. (2003). *La familia cubana en la mitad del siglo XX*. La Habana: Ciencias Sociales.
- Blanco Pérez, A. (2004). *Introducción a la sociología de la educación*. Cuba: Editorial Pueblo y Educación.
- Bossert, G. A., & Zannoni, E. A. (2004). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: ASTREA.
- Cillero Bruñol, M. (2001). El interés superior del niño en el marco de la Convención. *Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes*, 31-45.
- Dias, M. B. (2013). Manual de direito das famílias. *Revista dos Tribunais*, 381.
- Dworkin, R. (1992). *El imperio de la justicia*. Traducción Claudia Ferrari. Barcelona: Gedisa.

- Fernández Sessarego, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: ASTREA.
- Fernández Sessarego, C. (2006). *La Constitución comentada. Vol. II*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Fernández Sessarego, C. (2010). La problemática del transexualismo. En F. S. al, *Los registros y las personas, dimensiones jurídicas contemporáneas* (págs. 732-783). Lima: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.
- Garate, R. (2016). El interés superior del niño en la filiación por adopción. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 116-126.
- García Lozano, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1-25.
- Gómez Bengoechea, B., & Berástegui, A. (2009). El derecho del niño a vivir en familia. *Instituto Universitario de la Familia en la Universidad Pontificia*, 175-198.
- Guerra Torres, L. d., Pérez Ramírez, F., & Fajardo Vázquez, M. d. (2022). Fundamentos teóricos que sustentan la función de la familia y su influencia en la educación. *Revista Científico-Educacional de la provincia Granma*, 1-5.
- Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*,. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Krasnow, A. (2019). La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. *Revista de Derecho*, 71-94.

- López Contreras, R. E. (2012). Interés superior de los niños y niñas. *Revista latinoamericana científica*, 51-70.
- López Díaz, C. (2005). *Manual de derecho de familia y tribunales de familia*. Santiago-Chile: LOM Ediciones.
- Manrique Urteaga, S. V. (2018). Constitucionalización de la filiación: de la paternidad biológica a la paternidad socio afectiva. *Quiestio iuris*, 1-13.
- Manrique Urteaga, S. V. (2020). *La pluriparentalidad como nueva forma de filiación (Trabajo de investigación)*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Manrique Urteaga, S. V. (2021). Reconocimiento de vínculos filiales y ejercicio tripartito de la responsabilidad parental: Pluriparentalidad. *Gaceta de Familia*, 85-109.
- Medina Millamán, V. T. (2023). Socioafectividad y su impacto en las acciones de filiación en Chile. *revista de derecho universidad de concepción*, 147-170.
- Méndez Costa, M. J. (1986). *La filiación*. Santa Fe- Argentina: Rubinzal y Culzoni Editores.
- Millán, F. (2022). La socioafectividad. El afecto, el derecho y su proyección legislativa. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 1-4.
- Oliva Gómez, E. (2013). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 11-20.
- Oliveira dos Santos, L., & Turcinovic Bondezan, D. (2015). o direito de visita após o rompimento da pluriparentalidade. *Jus Societas*, 41-46.

- Ordóñez Torres, N., & Sterling Casas, J. P. (2022). El concepto de familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y su incidencia en las políticas públicas: una lectura en clave hermenéutica. *evista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia*, 175-206.
- Ortiz, R. M. (2013). *El derecho del niño y la niña a la familia*. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos .
- Pérez Berrios, F. R. (2015). La protección a la familia a través del cumplimiento de los derechos y deberes familiares. *Revista de Derecho*, 31-54.
- Pérez Contreras, M. D. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. México: Nostra Ediciones S. A. de C. V.
- Pérez Contreras, M. D. (2015). *Derechos de las familias*. México: Universidad Autónoma de México.
- Poder Judicial. (2022). Pleno jurisdiccional nacional de familia. *Centro de Investigaciones Judiciales* , 1-38.
- Ponce, J. (2016). Desarrollo Infantil: situación actual y recomendaciones de política. *BID*, 1-23.
- Saif de Preperier, R. (2010). El Derecho a la identidad en el Derecho internacional privado. *Pontificia Universidad Católica del Perú. Foro Jurídico*, 39-46.
- Salituri Amezcua, M., & Videtta, C. A. (2021). La interseccionalidad de tres principios del contemporáneo derecho de familias, socioafectividad, interés superior del niño y perspectiva de géneros. *THOMSON REUTERS*, 1-16.

- Santi León, F. (2019). Educación: La importancia del desarrollo infantil y la educación inicial en un país en el cual no son obligatorios. *Revista Ciencia UNEMI*, 143-159.
- Sarlet, I. W. (2019). *La eficacia de los derechos fundamentales. Una teoría general desde la perspectiva constitucional*. Lima: Palestra.
- Souto Paz, J. (2007). *Derecho matrimonial. 3ª ed.* Madrid: Marcial Pons.
- Torre Cuadrada García, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 131-157.
- Udi, J. (2017). El valor de la familia en la teoría de la justicia de RAWLS. *ISONOMÍA*, 109-134.
- Varsi Rospigliosi, E. (2010). Filiación y reproducción asistida. *DFyP*, 77-87.
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de derecho de familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia. Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de derecho de familia: Derecho de la filiación. Tomo IV. Lima*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Varsi Rospigliosi, E., & Canales Torres, C. (2022). Protección del niño, de la madre, del anciano y de la familia. Promoción del matrimonio. En M. Muro Rojo, & A. Crispio Sánchez, *La Constitución comentada. Tomo I* (págs. 540-574). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Welter, B. P. (2002). Igualdade entre a filiação biológica e sociafetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*, 128–163.

Yungano, A. (2001). *Derecho de familia: teoría y práctica*. Aegentina: Ediciones Macchi.

Zapata López, R., & Cuarezma Terán, S. (2004). *Principios y garantías del proceso penal*. Managua-Nicaragua: Hispamer.