



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
Escuela Académico Profesional de Derecho

XVIII PROGRAMA DE ACTUALIZACIÓN PROFESIONAL

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

ADOPCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES QUE SE
ENCUENTRAN EN ESTADO DE DESPROTECCIÓN FAMILIAR, A
PROPÓSITO DE LA DOCTRINA DEL VÍNCULO FAMILIAR
SOCIOAFECTIVO

PRESENTADO POR:
JUAN ALEXANDER TOCAS GUEVARA

Cajamarca, febrero de 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, IJUP

"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 TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

ESCUELA PROFESIONAL	Derecho
DOCUMENTO EVALUADO	Trabajo de Suficiencia Profesional
AUTOR	Bach. Juan Alexander Tocas Guevara
TÍTULO	ADOPCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES QUE SE ENCUENTRAN EN ESTADO DE DESPROTECCIÓN FAMILIAR, A PROPÓSITO DE LA DOCTRINA DEL VÍNCULO FAMILIAR SOCIOAFECTIVO
DOCENTE EVALUADOR	Dra. Cs. María Isabel Pimentel Tello
PORCENTAJE DE SIMILITUD SEGÚN REPORTE	19%

Observación:

La evaluación del Trabajo de Suficiencia Profesional mencionado ha sido realizada por la docente Dra. Cs. María Isabel Pimentel Tello, ex directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, 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 de similitud es de fecha 08 de febrero de 2024 y obra en el expediente correspondiente al Bach. Juan Alexander Tocas Guevara.

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

OBSERVACIONES: Ninguna.

Reingreso.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
C.C. Archivo

08 FEB. 2024

RECIBIDO POR Y.M.
HORA 2:00 FOLIOS 01 y 07.

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

Dra. Cs. Teresa Ysabel Terán Ramírez
DIRECTORA

Cajamarca, 08 de febrero de 2024

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Fecha 08 FEB 2024

A:

DESA

Oficina de Asesoría Jurídica

Oficina de Asesoría de Gestión y Planeación

Oficina de Asesoría de Investigación y Promoción

Oficina de Asesoría de Relaciones Institucionales

Oficina de Asesoría de Recursos Humanos

Oficina de Asesoría de Tecnologías de la Información y Comunicación

Oficina de Asesoría de Transparencia

Oficina de Asesoría de Gestión de Riesgos

Oficina de Asesoría de Gestión de Calidad

Oficina de Asesoría de Gestión de Medio Ambiente

Oficina de Asesoría de Gestión de Seguridad

Oficina de Asesoría de Gestión de Salud

Oficina de Asesoría de Gestión de Servicios

Oficina de Asesoría de Gestión de Talento Humano

Oficina de Asesoría de Gestión de Transparencia

Oficina de Asesoría de Gestión de Valoración

Oficina de Asesoría de Gestión de Vigilancia

Oficina de Asesoría de Gestión de Vinculación

Oficina de Asesoría de Gestión de Otros

NOMBRE DEL TRABAJO

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONA
L - TURNITIN.pdf**

AUTOR

Juan Tocas Guevara

RECUENTO DE PALABRAS

12901 Words

RECUENTO DE CARACTERES

72292 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

54 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

462.7KB

FECHA DE ENTREGA

Feb 8, 2024 8:44 AM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Feb 8, 2024 8:45 AM GMT-5

● **19% de similitud general**

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

- 17% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 16% Base de datos de trabajos entregados
- 1% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● **Excluir del Reporte de Similitud**

- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)
- Bloques de texto excluidos manualmente
- Fuentes excluidas manualmente

Juan Tocas Guevara
 María Inés Guevara

AGRADECIMIENTO

A Dios, quien inspiró mi espíritu para la realización de esta hermosa profesión.

A mis queridos abuelos, Juan y Nelida, a mi madre Adelinda, por el apoyo incondicional a lo largo de mi trayectoria universitaria.

A todos mis docentes, por las valiosas enseñanzas impartidas en las aulas universitarias.

ÍNDICE

Portada	i
Agradecimiento	ii
Índice	iii
Abreviaturas	v
INTRODUCCIÓN	07
CAPÍTULO I. ASPECTOS METODOLÓGICOS	09
1.1. Descripción del tema	09
1.2. Justificación	11
1.3. Objetivos	12
1.3.1. Objetivo general.....	12
1.3.2. Objetivos específicos.....	12
1.4. Metodología	13
1.4.1. Métodos generales	13
1.4.2. Métodos específicos	13
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO	15
2.1. Antecedentes del problema	15
2.2. Bases teóricas	16
2.2.1. La figura jurídica de la adopción en el Perú.....	16
A. Definición.....	16
B. Fundamento	17
C. Naturaleza jurídica.....	17
D. Requisitos de la adopción	20
E. Extinción de la adopción.....	22
2.2.2. La Desprotección familiar	22
A. Definición.....	22
B. Tipos de desprotección familiar	23
2.2.3. Protección jurídica frente a la desprotección familiar.....	24
A. Legislación internacional	24
B. Legislación nacional	24
2.2.4. Régimen normativo nuevo	26
2.2.5. Estructura protectora novedosa.....	27
A. Situaciones de riesgo de desprotección familiar.....	28
B. Situaciones de desprotección familiar	29

a. Procedimiento frente a la desprotección familiar	30
b. Medidas de protección provisionales frente a la desprotección familiar	32
c. Medidas de protección declarada judicialmente la desprotección familiar	34
CAPÍTULO III. DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	35
3.1. Socioafectividad como punto de partida para la adopción.....	35
3.2. Alcance del Principio Jurídico de la Afectividad a partir de la legislación brasilera y su implicancia en los procesos de adopción.....	36
3.3. Decisiones judiciales nacionales de la especialidad familia, relacionada al principio de afectividad en Brasil	39
3.4. Observancia del deber del Estado para proteger la desprotección familiar en el Perú	45
3.5. Reconocimiento de filiación en Perú y Brasil	47
CONCLUSIONES	49
RECOMENDACIONES	50
LISTA DE REFERENCIAS.....	51
ANEXOS	

ABREVIATURAS

art.	: Artículo
arts.	: Artículos
inc.	: Inciso
C	: Constitución Política del Perú
CC	: Código Civil
CNA	: Código de los Niños y Adolescentes
D. Leg.	: Decreto Legislativo
NNA	: Niña, Niño y Adolescente
DD.HH.	: Derechos Humanos
DEMUNA	: Defensoría Municipal del Niño y del Adolescente
INABIF	: Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar
exp.	: Expediente
MIMP	: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables
UPE	: Unidad de Protección Especial
p.	: Página
TC	: Tribunal Constitucional
CSJCA	: Corte Superior de Justicia de Cajamarca

**ADOPCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES QUE SE
ENCUENTRAN EN ESTADO DE DESPROTECCIÓN FAMILIAR, A
PROPÓSITO DE LA DOCTRINA DEL VÍNCULO FAMILIAR
SOCIOAFECTIVO**

INTRODUCCIÓN

Los menores de edad, por su condición de tales, presentan ausencia de madurez física, intelectual y moral, por lo cual, se encuentra necesario velar por ellos, a través de los cuidados parentales, ya sea de parte de sus progenitores o de otros sujetos que pueden o quieran asumir su patria potestad.

Bajo ese parámetro, nuestro país afronta una problemática relacionada al abuso y la negligencia de los cuidados parentales, particularmente, tales como la deserción escolar, la participación temprana y sin protección en actividades destinadas a generar ingresos (situación de calle), vivir en ambientes donde abunda el maltrato, la falta de afecto, la violencia física y psicológica, entre otros.

Así pues, la regulación tutelar constituye una medida de protección para aquellas circunstancias difíciles que interfieren, obstaculizan e incluso impiden el pleno desarrollo del NNA; muestra de ello, en la legislación interna, existe el CNA, Ley N° 27337; y, el D. Leg. 1297, Decreto Legislativo para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes sin cuidados parentales o en riesgos de perderlos.

Expresión de tutela a menores, de parte del Estado, en la región Cajamarca, es la existencia de los centros de acogida residencial, cuyo fin es tutelar a los NNA en desprotección familiar; tales como: la Casa Hogar de la Niña Belén, el Albergue Infantil San Antonio y Aldeas Infantiles SOS; dichos lugares albergan a NNA que han padecido abuso sexual, por parte de sus progenitores, también de violencia, maltrato físico y psicológico, entre otras acciones; entre las edades de la primera infancia hasta los diecisiete años de edad, siendo que, si no consiguen protección familiar, hasta alcanzar el goce pleno de todos sus derechos, se los ubica en algún puesto de trabajo para que puedan solventarse económicamente.

Aunando a ello, la legislación peruana posee solamente dos principios relacionados al ámbito familiar; uno de rango constitucional que es la Paternidad y Maternidad Responsable, y, otro de rango legal, el cual es el Interés Superior del Niño y del Adolescente; en cambio, Brasil posee ocho principios para el ámbito de su *Direito de Família*, los cuales son los siguientes: de rango fundamental el principio de solidaridad familiar y de rango general, el principio de

igualdad familiar, principio de libertad familiar, principio de responsabilidad familiar, principio de afectividad, principio de convivencia familiar, y el interés superior del Niño y del Adolescente según el profesor brasileño Paulo Lôbo¹.

Por eso, la presente investigación busca reestructurar el paradigma de familia consanguínea, ya que, consideramos, no siempre garantiza el goce pleno de los derechos de los NNA, máxime, si los padres biológicos muchas veces no cumplen con sus obligaciones de cuidado; por tal razón, se hace ineludible establecer medidas de protección familiar, con sus beneficios, teniendo en cuenta el enfoque del Principio Jurídico de la Afectividad, sostenido por el profesor brasileño Paulo Lôbo en su libro titulado *Dereito Civil Famílias*, publicado el año 2017.

En cuanto a estructura, el presente trabajo consta de tres capítulos; en el primero, se describe los aspectos metodológicos, es decir, lo referente a la descripción del tema y la justificación del presente Trabajo de Suficiencia Profesional, los objetivos, y los métodos utilizados en la presente investigación.

En el segundo capítulo se desarrolló el marco teórico, considerando los antecedentes existentes respecto del tema materia de investigación, luego, se estudió a la figura jurídica de la adopción en el Perú, haciendo hincapié en el fundamento y naturaleza jurídica de dicha institución, describiendo las teorías que adoptan diversos autores, sus características, requisitos y las formas de extinción de la adopción. Asimismo, se desarrolló lo concerniente a la desprotección familiar y el aspecto normativo existente al respecto.

El tercer capítulo versa sobre el análisis y la discusión de resultados, que giran en torno a la aplicación del principio de la afectividad que genera la adopción para los niños y adolescentes que se encuentran en estado de desprotección familiar, además, realizando tarea comparativa de la casuística nacional en materia familia civil con respecto al principio antes señalado.

Finalmente se anotan las conclusiones y recomendaciones sobre lo investigado.

¹ Lôbo, P. L. (2017). *Dereito Civil - Famílias*. Sau Paulo: Saraiva Jur.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. DESCRIPCIÓN DEL TEMA

El Estado debe proteger la familia en general y a los NNA, en particular. Esta protección es considerada como obligación estatal y es regulada en casi todos los códigos del mundo. Así como, en el ámbito Internacional, muestra de ello es la existencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo contenido establece parámetros que son expresión de tutela a menores.

En nuestro país existen niños y adolescentes en situación de riesgo y de desprotección familiar; unos, en sus familias de origen y, otros, gozando de medidas de protección en casas hogares, albergues o en aldeas infantiles. Cajamarca no es ajena a esta realidad, pues, por la falta de cuidados parentales, existen varios niños con acogida residencial permanente en la Aldea Infantil San Antonio, en la Casa Hogar de la Niña Belén y en Aldeas Infantiles SOS.

Sobre esta realidad es pertinente otorgar soluciones a partir de una política estatal y social orientada a la tutela de la familia y del menor de edad. Desde luego, existen mayores necesidades y problemas en el sector rural, espacios en el cual las familias se constituyen como unidad económica en el trabajo agrícola y el menor desde temprana edad coopera en el trabajo familiar, con perjuicio de su escolaridad, salud y superación cultural.

Frente a esta situación de desprotección familiar de menores de edad en nuestro país, existe la figura jurídica de la adopción como alternativa beneficiosa al espinoso problema que afrontan los NNA en el Perú, medida de protección recogida en el D. Leg. 1297, que regula la protección de NNA sin cuidados parentales o en riesgos de perderlos, siendo útil al ámbito familiar, debido a que se aplica como directriz a todas las entidades y

operadores que apoyan en los procedimientos por desprotección familiar o riesgo.

La legislación peruana, referente al tema de familia, posee el principio de Maternidad y Paternidad responsable y el Interés Superior del Niño y del Adolescente; y, la necesidad de incorporar el principio de afectividad radica en que la realidad fáctica es multifacética, e incorporar dicho principio evitaría situaciones de extrema injusticia, reconociendo la posesión del estado de hijo, y, en consecuencia su vínculo parental a favor de quien utiliza el apellido (*nomen*), fue tratado como un hijo por su padre (*tractatus*) y goce del reconocimiento de su condición de descendiente por parte de la comunidad (*fama*); dicho reconocimiento, además, valoraría la paternidad socioafectiva en los procesos de adopciones, dándole la oportunidad al menor de edad de reintegrarse en un ambiente familiar, aunque no fuese con su familia de origen.

En ese sentido, los gobiernos de turno deben promulgar, incentivar y promover la adopción, por su enorme trascendencia social, además, porque la misma, es una medida de protección que busca el desarrollo integral del menor aunque no fuese con su familia primigenia o de origen.

A su vez, en situaciones de violencia familiar, el retorno de los menores a su seno familiar consanguíneo no es el más adecuado, siendo mucho más beneficiosa, a nuestro entender, una medida de protección permanente como la adopción, entendida bajo el precepto de unidad familiar socioafectiva.

El presente trabajo ha servido para demostrar esta posición por las siguientes razones: primero, porque actualmente corresponde enfocar a la familia de acuerdo a los principios de Responsabilidad Familiar, responsabilidad positiva en derecho familiar y de la Afectividad, que implica poseer *tractatus* (trato de hijo con afecto), *nomen* (nombre de familia) y *fama* (imagen social), según el profesor peruano Enrique Varsi. Porque en casos de desprotección familiar a menores, corresponde aplicar una medida de protección permanente, plasmada en una adopción.

Ante ello, surge la necesidad de estudiar la aplicación del principio jurídico de la afectividad, como fundamento para la adopción de menores de edad en estado de desprotección familiar en el Perú.

1.2. JUSTIFICACIÓN

En la actualidad se tiene a la adopción como una de las instituciones jurídicas más completas por la cual las relaciones familiares y la vida familiar son restituidas a NNA que necesitan una familia, aparte de considerársele como la institución más eficaz para dar solución al espinoso problema de los menores en estado de desprotección familiar.

Así pues, mediante el Derecho Comparado, que es “aquella parte de la ciencia jurídica o jurisprudencia, que se ocupa del estudio conjunto de los sistemas jurídicos de multiplicidad de países, analizándolos como modelos de respuesta a problemas jurídicos coincidentes” (Sánchez, 2012, p.37), es pertinente analizar los principios aplicables al Derecho de Familia en nuestro país y en Brasil.

Integrar el principio jurídico de la afectividad en nuestra legislación, nos permitirá adecuar la *ratio legis* del D. Leg. 1297 y su reglamento; respecto a los fines de las medidas de protección que buscan reintegrar al menor de edad en sus familias de origen, aunque muchas veces, ya no fuese el ambiente indicado para tal situación, pues, si se ha quebrantado su desarrollo integral, retornarlo, colocaría al menor de edad en un peligro latente de vulneración.

Además, con dicho principio, los operadores de justicia de nuestro país, resolverían de una mejor manera las *litis* familiares; a modo de ejemplo, en los procesos de impugnación de paternidad, es determinante la prueba genética del ADN a fin de determinar vínculos parentales del menor de edad respecto a su padre biológico; empero, con la integración de este principio, la paternidad biológica no será excluyente de la paternidad afectiva en casos especiales, y el menor de edad será escuchado antes de la decisión judicial.

No podemos dejar sin protección las situaciones de pluriparentalidad, latente en nuestra realidad, mereciendo una protección jurídica concomitante, con todos los efectos legales, pues, los vínculos parentales de afectividad proporcionan la más completa y adecuada protección a los sujetos involucrados, aplicándose, no solo al contexto de protección de los menores de edad, sino al ámbito familiar en general, ya que mediante este principio, a modo de ejemplo, se podrá otorgar protección jurídica al padre socioafectivo, en el sentido que podrá solicitar alimentos al hijo socioafectivo.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo General

Analizar la aplicabilidad del principio jurídico de la afectividad para fundamentar la adopción de menores de edad en estado de desprotección familiar en el Perú.

1.3.2. Objetivos Específicos

- A. Analizar el alcance del contenido del principio jurídico de la afectividad y su implicancia en la adopción de menores de edad en estado de desprotección familiar en el Perú.
- B. Analizar casuística peruana en materia de familia relacionada al principio jurídico de la afectividad.
- C. Analizar si las medidas de protección reguladas en la legislación peruana aplicables a los menores en estado de desprotección familiar son suficientes para la observancia del deber del Estado de tutelar a los menores que se hallan en dicha situación.
- D. Analizar si la aplicación del principio jurídico de la afectividad en el Perú permite el reconocimiento de otro origen de filiación distinto al biológico que otorgue reinscripción al ambiente familiar de los menores en estado de desprotección.

1.4. METODOLOGÍA

1.4.1. Métodos generales

A. Analítico sintético

Por intermedio de éste método se “instituye la relación causal de las partes que conforman el objeto de investigación” (Aranzamendi Ninacondor, 2015, p. 119). Implica también reducir a síntesis la información, ordenando ideas para categorizar y obtener un estudio detallado y así obtener un resultado en la investigación.

En la presente investigación se usó este método, dado que, se estudió la normativa concerniente que regula la protección de los menores de edad en nuestro país, a fin de poder sintetizar información a través de cuadros comparativos y tablas resúmenes de información, analizando la aplicabilidad del Principio Jurídico de la Afectividad para fundamentar la adopción de menores de edad en casos de desprotección familiar.

1.4.2. Métodos específicos

A. Dogmático jurídico

Este es un método de investigación jurídica que consiste “en el proceso racional y sistemático, que utiliza la doctrina para la interpretación de las instituciones jurídicas contenidas en el Derecho Positivo” (Tania Ruíz, 2020). Es así que en el presente trabajo de investigación se lo utilizará a efectos de realizar una construcción estructural entre las distintas medidas de protección y de esta manera poder determinar si son suficientes para la observancia del deber del Estado de proteger a los menores de edad.

B. Hermenéutico

Este método consiste en “interpretar, con la finalidad de captar y percibir, a la vez la interpretación puede ser gramatical, lógica, histórica y sistemática. Para ello debe haber una equivalencia entre interpretación y norma estudiada” Savigni (como se citó en Hernández Gil, 1988). En el presente trabajo, con este método se busca interpretar coherente y sistemáticamente en base al principio del interés superior del niño, teniendo en cuenta la base normativa alusiva a la protección de los menores de edad.

C. Argumentativo

Este método se usará en virtud que se elaborará un contexto de justificación, que nos lleve a sustentar el beneficio socioafectivo que genera la adopción en NNA en desprotección familiar, siendo muchas veces más beneficiosa en este tipo de situaciones, reestructurando el clásico paradigma de familia consanguínea como la más importante.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Luego de la revisión de los repositorios de las distintas Universidades del país, no se ha tratado el tema en específico, empero, se encontraron los siguientes trabajos de investigación, que guardan una cierta relación al tema materia de investigación.

La tesis de pregrado titulada: “La declaración de desprotección familiar de menores y su incidencia en los procesos de adopción, Corte Superior de Lima, 2018” de la Universidad César Vallejo. El trabajo de investigación tuvo como objetivo general: “Establecer de qué manera la declaración de desprotección familiar de menores incide en los procesos de adopción en la Corte Superior de Lima, 2018” (Gutierrez, 2019, p. 11).

Llegándose a concluir:

Se determinó que la declaración de desprotección familiar influye en el proceso de adopción por vía administrativa, pues a mayor número de niños con declaración, mayor es el índice de adopciones administrativas que se darán. Siendo que actualmente se cuenta con la existencia de muchos niños institucionalizados con procesos de investigación tutelar iniciados ante un juzgado. El problema, la lentitud en llevar a cabo cada proceso, lo que genera dificultades para el sistema debido a que no se cuenta con suficientes albergues para que los menores sean internados. (Gutierrez, 2019, p. 28).

Así mismo la tesis de pregrado titulada: “Adopción para formar familias monoparentales y su eficacia con el interés superior del niño y adolescente en desprotección Perú, 2018-2019” de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana. Dicho trabajo de investigación tuvo como objetivo general “identificar el nivel de eficacia normativo de la adopción por personas solteras para formar una familia monoparental y su implicancia el interés superior del niño y adolescente en estado de desprotección familiar en el Perú, Período 2018- 2019” (Paredes, 2020, p. 18).

Llegándose a concluir que:

La finalidad de la adopción es garantizar a los menores de edad que vivan en una familia idónea, donde puedan ser protegidos y que se les brinde sus necesidades básicas, tales como, educación, alimentación, cuidado, protección, entre otros, siempre haciendo prevalecer sus derechos fundamentales.

Uno de los principios que prima en las adopciones de niños, niñas y adolescentes es el interés superior, que conforme a la investigación tiene rango Constitucional como Supranacional, y que en toda decisión que se tome a favor de ellos es de aplicación inmediata, y por ende en el proceso de adopción se debe aplicar no solo en familias biparentales sino también para formar una familia monoparental. (Paredes, 2020, p. 110).

Actualmente nuestro ordenamiento jurídico vigente, otorga protección especial para los NNA que se encuentra en estado de desprotección familiar, “empero dicha normativa es muy altruista, ya que busca el retorno del menor a su seno familiar consanguíneo, pero muchas veces no es el más adecuado” J.L. López (comunicación personal, 26 de mayo, 2022) porque los padres biológicos muchas veces incumplen sus obligaciones de cuidado.

2.2. BASES TEÓRICAS

Luego de haber referido de manera breve y sucinta, los antecedentes de la problemática materia de este trabajo de suficiencia profesional, es necesario sentar las bases doctrinarias a tener en cuenta y a utilizar para la discusión y análisis de la problemática, encaminándonos al hallazgo de un resultado lo más idóneo posible.

2.2.1. La figura jurídica de la adopción en el Perú

A. Definición

Existe una diversidad de conceptos sobre la adopción, y, entre los más destacados tenemos que: “la adopción es una institución tutelar del Derecho de Familia, mediante la cual una persona adquiere de otra la calidad de hijo a pesar de carecer de vínculos sanguíneos con ella” (Código Civil Comentado, 2003, p. 724), mejor dicho, la ley establece relaciones paterno filiales entre el adoptado y el adoptante, donde el primero deja de pertenecer a su familia consanguínea, para ser parte de una nueva familia, con

todos los derechos que le corresponde (derecho al nombre, vocación hereditaria, derecho y obligación alimentaria, impedimentos matrimoniales, y la patria potestad).

B. Fundamento

La adopción en la noción racional y lógica es el deber y obligación que cumplen los padres con respecto a sus hijos, en todo acontecimiento de la vida.

El amor de los padres adoptantes debe darse sin reservas, sin temor que en un porvenir pueden ser perturbados en el ejercicio de su función paterna, ni bajo la aparente inquietud de que tarde o temprano deberán revelar públicamente el verdadero origen del niño amparado. Esta sola finalidad, de tan alto sentido humano bastaría para justificar ampliamente el contenido de nuestra ley (Momethiano y Mallqui, 1999, p. 890).

Mediante la adopción la estructura originaria de la familia se modifica, empero se lo realiza en protección del interés superior del NNA, que debe de estar por encima de todo interés, defendiendo el valor moral y afectivo que caracteriza a una familia.

C. Naturaleza jurídica

Este estudio, nos lleva a la necesidad de delimitar su estructura ideológica y sus principios que la defienden.

Pues, existen tres teorías que se relacionan con la naturaleza jurídica de la adopción, la primera la nota de una naturaleza contractual, la segunda de una naturaleza como institución jurídica y la tercera como un acto jurídico.

a. Teoría contractual

“Esta teoría nace bajo un espíritu romanista, civilista, del acuerdo de voluntades, del consentimiento que dominó la estructura familiar, de los derechos poderes, el interés del padre de familia prescindiendo del interés del hijo de familia, del menor” (Chunga, 2011, p. 74).

Los seguidores de esta corriente son Planiol, Ripert, Josserand y otros. Todos ellos fundamentan este acuerdo de voluntades o consentimiento que debe proceder el acto de adopción y señalan que la adopción es generalmente considerada como un contrato sometido desde el punto de vista de su eficacia a la homologación de la justicia.

En el presente trabajo, asumir a la teoría contractual como una posición estricta, no es lo indicado, ya que los contratos son de carácter estrictamente patrimonial, lo cual llevado al campo de la adopción deviene en imposible.

b. Teoría de la institución

Jaime Febres (como se citó en Chunga, 1993) sostiene que:

Esta teoría considera a la adopción de carácter jurídico por lo que ha sido reglamentada por el derecho. Se trata, pues, de una institución jurídica porque conforma una entidad, o mejor, un conjunto de normas encaminadas a reglar la filiación adoptiva. (p. 80)

Diversos autores han adoptado esta teoría, sin embargo, existen discrepancias en relación a si nos encontramos ante una institución de derecho privado, de derecho de familia, basándose en un derecho público, característica propia de un Derecho de Familia y del Derecho de los niños y adolescentes, ya que lo relacionan con el Derecho Tutelar, debido a que tiene como finalidad la protección y amparo de los mismos.

i. La institución de derecho privado

“Considera que predomina el interés particular o privado y cuya fuente sustancial es la autonomía de la voluntad” (Chunga, 1993, p. 90), por lo que, se considera a la adopción como de derecho privado debido a que se basa en un acto de voluntad del adoptante nacido de la sentencia del juez o alternativamente en vía administrativa.

ii. Institución de familia

“Se crea un estado de familia y descansa en ese aspecto del derecho público que tiene todo el derecho de familia” (Chunga, 1993, p. 92), por ello, la adopción debe ser estudiada como instrumento institucional con significativa importancia para completar la familia, que es una institución necesaria como elemento de cohesión y condición de equilibrio social.

Benjamín Aguilar (como se citó en Chunga, 1993) concluye que “su posición es que se trata de una institución familiar eminentemente social, con reglas de derecho dirigidas a regular la relación paterno filial, que nace a través de esta ficción legal” (p. 254).

iii. Institución de derechos de los niños y adolescentes

Debido a que es una institución jurídica de protección familiar y social por la cual el adoptado forma parte de la familia del adoptante para todos los efectos de calidad de hijo².

c. Teoría del acto jurídico

Según nuestro código Civil:

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito, observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. (art. 140).

De esta definición de acto jurídico, se puede determinar que la adopción es una manifestación de voluntad del juzgador o de la instancia administrativa a fin de crear una relación filial entre adoptante y adoptado.

² Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

De las tres teorías tratadas, consideramos que la que mejor se adapta a su naturaleza jurídica es la teoría de la institución de familia.

D. Requisitos de la adopción

En cuanto a los requisitos exigidos por nuestra ley, para la constitución de la adopción, están determinados en el artículo 378 del CC, que son:

a. Que el adoptante goce de solvencia moral

“La solvencia moral se explica por obvias razones, ya que la adopción busca proveer al adoptado de un clima familiar adecuado a su formación por la existencia de los indispensables valores éticos” (Código Civil Comentado, 2003, p. 670).

b. Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar

La razón de ser, es que entre adoptante y adoptado haya diferencia en sus edades para que la figura jurídica se asemeje a la paternidad natural.

c. Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge

“El cónyuge del adoptante debe dar su consentimiento a fin de evitar desavenencias matrimoniales o menoscabar quizás la expectativa hereditaria del otro cónyuge” (Momethiano y Mallqui, 1999, p. 898). Se opta por el mismo razonamiento cuando el adoptante sea conviviente conforme a lo prescrito en el artículo 326 del CC.

d. Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años

“La razón de esta exigencia es obvia, pues, nadie hay más interesado en la adopción que el propio adoptado y repugnaría el prescindir de su opinión para darle por padre o madre a persona que él rechaza” (Código Civil Comentado, 2003, p. 675).

e. Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela

f. Que se oiga al tutor o curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz

Según nuestra legislación “el tutor, el curador y el consejo de familia son llamados a la audiencia del juez para que lo ilustren de la conveniencia de la adopción y no para que consienta en representación de un incapaz” (Momethiano y Mallqui, 1999, p. 899).

g. Que sea aprobada por el Juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales

“La adopción por ser un acto solemne y de particular trascendencia, no puede quedar al arbitrio privado de los particulares, sino que exige la intervención de la autoridad competente” (Schreiber, 2001, p. 46).

Es por ello, que la intervención del juez se da sólo para casos excepcionales, ya que, en nuestro sistema existen tres tipos de procesos para lograr una adopción.

h. Que, si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud

“Como es obvio el adoptante debe ratificarse personalmente sobre su ánimo de adoptar para formarse un juicio propio

acerca de su conformidad o inconformidad de la persona a quien va adoptar” (Momethiano y Mallqui, 1999, p. 900).

E. Extinción de la adopción

En la adopción puede quedar extinguida en los siguientes casos:

a. Por una nueva adopción

“Nada impide que una persona sea adoptada más de una vez. Tal como ocurre con la filiación biológica al producirse la adopción; si se produjese una segunda adopción los lazos derivados de la primera quedarían extinguidos” (Schreiber, 2001, p. 54).

b. Impugnación de la adopción

“El menor o incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría de edad o a la cesación de su incapacidad” (Código Civil Comentado, 2003, p. 691); se debe tener presente, entonces, que el plazo de un año computará desde que el adoptado adquiere su mayoría o cesa su incapacidad.

2.2.2. La Desprotección familiar

A. Definición

De acuerdo con el artículo 19 de la Convención de Derechos del Niño, la desprotección familiar se entiende como “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”.

Es decir, el “incumplimiento de las obligaciones y deberes emergentes de las relaciones paterno filiales y parentales, siendo en muchos casos los padres los vulneradores de los principales derechos de los hijos, lo cual conlleva a un estado de

desprotección familiar” Quiri y Pérez (como se citó en Peña, 2019).

B. Tipos de desprotección familiar

Nuestra legislación hasta antes de la dación del Decreto Legislativo N° 1297 nunca se había referido al tema propiamente de desprotección familiar, y, menos establecido los supuestos que determinen tal situación, teniéndose únicamente como referente a las causas de abandono señaladas en el artículo 248 del CNA, empero, en el reglamento del D. Leg. en comento (2018), prescribe las circunstancias o supuestos del procedimiento por desprotección familiar, siendo las siguientes:

- a. El abandono de la niña, niño o adolescente, que se produce cuando faltan las personas que asumen su cuidado en ejercicio de la patria potestad, tenencia o tutela; o porque éstas no quieren o no pueden ejercerla.
- b. Amenaza o afectación grave para la vida, salud e integridad física de la niña, niño o adolescente. Entre otros:
 - i. Cuando se produzca violencia sexual o violencia física o psicológica grave por parte de miembros de su familia de origen o éstos lo consintieran o actuaran de manera negligente.
 - ii. Cuando la NNA haya sido identificada/o como víctima del delito de trata de personas y dicha situación se vincule al incumplimiento de los deberes de cuidado de los integrantes de la familia de origen.
 - iii. Cuando la NNA consume de manera reiterada sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas, con el conocimiento, consentimiento o tolerancia de los padres, tutores o integrante de la familia de origen responsable de su cuidado.
- c. Trabajo infantil en situación de calle o aquel que suponga una afectación de derechos que revista gravedad para la NNA de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo.
- d. La inducción a la mendicidad, delincuencia, explotación sexual, trabajo forzoso o cualquier otra forma de explotación de similar naturaleza o gravedad.
- e. Otras circunstancias que perjudiquen gravemente el desarrollo integral de la NNA. (art.4).

2.2.3. Protección jurídica frente a la desprotección familiar

A. Legislación internacional

a. Convención sobre los Derechos del Niño

Aprobada en nuestro país mediante resolución legislativa N° 25728, la Convención de Derechos del Niño (1989) establece que “los niños que temporal o permanentemente se encuentren privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezca en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencias especiales del Estado” (art.20).

B. Legislación nacional

a. Constitución Política del Perú

La Constitución Política del Perú (1993) establece que son deberes primordiales del Estado: “Garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamente en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación” (art.44).

También se regula la protección de los niños y adolescentes en situación de abandono: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono” (art.4).

Pues, de estos preceptos constitucionales, surge la necesidad de salvaguardar la protección de los menores de edad en situación de riesgo y de desprotección familiar; y, la medida de protección indicada para los casos de desprotección familiar es la adopción dotada del principio afectivo propuesto por el brasileño Paulo Lobo.

b. Código del Niño y Adolescente

El actual Código del Niño y del Adolescente reconoce en su artículo IX del Título Preliminar el interés superior del niño y del adolescente.

c. Ley N° 30466

La presente Ley (2016), dispone que el interés superior del niño

“es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos”. (art.2).

d. Decreto Legislativo N° 1297

Esta norma fue publicada el 29 de diciembre de 2017 y tiene por objeto “brindar protección integral a las NNA sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos a fin de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos; priorizando su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia” (Peña Torres, 2019, p. 38), cumpliéndose un plan de trabajo individual que los atenderá según su estado de necesidad.

e. Ley N° 31405

Ley que promueve la protección y desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes que se encuentran en situación de orfandad, esta ley fue dada en la Casa de gobierno, el 04 de febrero del 2022, con la finalidad de otorgar una asistencia económica de doscientos con 00/100 soles mensuales a favor de las niñas, niños y adolescentes que se encuentran en situación de orfandad a través del INABIF.

2.2.4. Régimen normativo nuevo

Después del día siguiente a su publicación, esto es el once de febrero del dos mil dieciocho, nuestro país adopta un nuevo régimen jurídico al amparo de NNA en situaciones especiales de vulnerabilidad. Existen tres razones, para tener esta nueva legislación.

Primero. Ajustar nuestro régimen legislativo a lo estipulado en la Convención sobre Derechos del Niño, primordialmente en los artículos 5 y 18 alusivos a la responsabilidad y competencias parentales.

Segundo. Impedir la institucionalización de NNA que se hallan en situaciones de riesgo y de desprotección familiar, promoviendo su reintegración a su familia de origen o en *última ratio* optar por su desprotección familiar.

Tercero. Construir nuevos enfoques y principios a fin de restaurar los derechos del NNA a vivir en una familia.

Por lo argumentado, se han dado cambios importantes en nuestra legislación, siendo algunos de ellos los siguientes:

1. Actualmente está desfasada utilizar la expresión niños abandonados. Pues este nuevo régimen normativo prescribe que los NNA se pueden encontrar o en situaciones de riesgo o situaciones de desprotección familiar.
2. Existe una clara distinción entre situaciones de riesgo y desprotección familiar. Esta diferencia es significativa porque se busca evitar la institucionalización de NNA en situaciones de riesgo, y que pese a tal situación podrían seguir viviendo bajo el techo de su familia de origen, esto es, en situaciones de riesgo actuará el MIMP y también la DEMUNA. En circunstancias de NNA en situaciones de desprotección familiar, donde exista una transgresión al desarrollo integral de los NNA y su familia de

origen omita sus responsabilidades parentales será de *última ratio* declararlos en desprotección familiar.

3. Con anterioridad, un NNA declarado en estado de abandono podía ser adoptado, empero, no todo NNA declarado en situación de abandono puede ser adoptado, en ese sentido, actualmente los juzgados de familia además de declararlos en desprotección familiar permanente, deberán también declarar su adoptabilidad para su futura adopción por una familia registrada en el banco de familias acogedoras. Así pues, los Juzgados de Familia tendrán competencia sustancial al declarar la viabilidad jurídica del NNA. La finalidad que busca la adopción es que las necesidades de los NNA se adecuen a su interés superior para lograr un desarrollo integral con su nueva familia a través de los principios de idoneidad y necesidad.

Este nuevo régimen normativo de protección al NNA busca reunir en un solo cuerpo normativo un sistema integral para cautelar situaciones de riesgo y de desprotección familiar.

2.2.5. Estructura protectora novedosa

Anteriormente, el amparo para el desarrollo integral de los NNA, se recogía en diversos cuerpos normativos como el CNA, la Ley de Acogimiento Familiar, entre otros.

En palabras de Varsi, citado por Freysi Pena (2019) menciona que es “el primer gran logro del Decreto Legislativo N° 1297, al expedirse su respectivo reglamento, es la concentración de la normativa pertinente en un solo cuerpo legal” (p.62).

Su principal objetivo es restaurar el vínculo familiar del menor de edad con su familia de origen, coligiéndose que su finalidad es restablecer y recomponer los derechos de los NNA a través de medidas de protección pertinentes con el apoyo de otras

instituciones como el INABIF, tratando de no separarlo de su familia consanguínea en la medida de lo posible.

Según Varsi, como se citó en Peña, (2019) “el mayor aporte que se aprecia en este novedoso régimen es la incorporación de plazos expeditivos” (p.62), que servirán para desarrollar las etapas, cuyo objetivo es restablecer los derechos de los NNA y puedan lograr un desarrollo integral en compañía de su familia.

De igual manera en situaciones de riesgo por descuidos parentales, se brindan medidas de protección que aíslan temporalmente al menor de su familia de origen y en *ultima ratio* se optará por removerlo definitivamente declarándolo en desprotección familiar, ante todo primando el interés superior del niño y del adolescente.

A. Situaciones de riesgo de desprotección familiar

Su definición la encontramos contenida en el artículo 3 del D.Leg. N° 1297 (2016), que taxativamente señala:

Es la situación en la que se encuentra una niña, niño o adolescente donde el ejercicio de sus derechos es amenazado o afectado, ya sea por circunstancias personales, familiares o sociales, que perjudican su desarrollo integral sin revestir gravedad, y no son o no pueden ser atendidos por su familia. Esta situación requiere la actuación estatal adoptando las medidas necesarias para prevenir la desprotección familiar, sin que en ningún caso justifique la separación de la niña, niño o adolescente de su familia de origen. (inc. f).

De igual manera, las situaciones del procedimiento por riesgo de desprotección familiar según su Reglamento del mencionado decreto (2018) son:

- a) Violencia física o psicológica en agravio de la niña, niño o adolescente, que no constituya una situación grave de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo.
- b) Deserción escolar, ausentismo esporádico o abandono escolar sin razones justificadas.
- c) Incapacidad o imposibilidad de controlar situaciones conductuales de la niña, niño o adolescente que puedan conllevar a una situación de desprotección familiar,

- peligro inminente de hacerse daño o de hacerlo a terceras personas.
- d) Descuido o negligencia que ponen en riesgo leve el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente, de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo.
 - e) Trabajo infantil en situación de calle o aquel que suponga una afectación de derechos que no revista gravedad para la niña, niño o adolescente de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo.
 - f) Otras circunstancias que, sin revestir gravedad, perjudiquen el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente. (art.3).

Estas situaciones accionan el procedimiento por riesgo de desprotección familiar. De modo que, es un periodo en donde el NNA no peligran su vida, empero, sí su formación integral, por eso se busca trabajar de forma integral entre el niño, su familia e instituciones para restablecer sus derechos y cumplan sus necesidades básicas.

Cantabria, citado por Freisy Peña (2019) menciona que los NNA que viven en entornos sociales o familiares que pueden causarles un daño significativo en su bienestar y desarrollo se encuentran en riesgo de desprotección familiar, y podrían sufrir un daño en el futuro.

B. Situaciones de desprotección familiar

En palabras de Cantabria, citado por Freysi Peña (2019) señala que “es un estado que afecta la integridad física y psicológica, incluso puede llevar al abandono poniendo en peligro y riesgo la vida del niño” (p.71). “Es el estado de desprotección el que genera una medida de protección de gran relevancia puesto que, separa al niño de su familia de origen colocándolo en centros de acogida residencial o bajo la custodia de familias de acogida” Cantabria (como se citó en Peña, 2019, p.71). La separación de los NNA es temporal pero cuando se declara su adoptabilidad y son adoptados, la separación de su familia de origen es definitiva.

En el inciso g), artículo 3 del Decreto Legislativo N°1297 (2016) se señala que:

Es la situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado desempeño de los deberes de cuidado y protección por parte de los responsables del cuidado de los niños, niñas y adolescentes y que afecta gravemente el desarrollo integral de una niña, niño o adolescente.

La situación de desprotección familiar tiene carácter provisional e implica la separación temporal de la niña, niño o adolescente de su familia para su protección, así como el apoyo especializado a la familia para la remoción de las circunstancias que la motivaron, aplicando las medidas de protección apropiadas establecidas en la ley, promoviendo la reintegración familiar. En el caso de hermana o hermano cabeza de familia no implica la separación temporal de su familia.

Los criterios de calificación de la desprotección familiar son siempre restrictivos y objetivos.

La situación de pobreza, en ningún caso justifica, por sí sola, la separación de la niña, niño o adolescente de su familia de origen, ni constituye desprotección familiar. Es responsabilidad del Estado incorporar a estas familias a programas y servicios de protección social.

Asimismo, en ningún caso se separa a una niña, niño o adolescente de su familia por la sola razón de su discapacidad o la de cualquiera de sus miembros.

Cuando a pesar del apoyo brindado por el Estado para fortalecer las competencias de cuidado y crianza, no sea posible el retorno de la niña, niño o adolescente a su familia de origen debido a que esta no puede proveerle el debido cuidado a la niña, niño o adolescente, se declara la desprotección familiar.

De igual forma, en párrafos precedentes (tipos de desprotección familiar), ya describimos las situaciones establecidas en el reglamento del D.Leg. 1297 que dan inicio al procedimiento por desprotección familiar.

a. Procedimiento frente a la desprotección familiar

Según el Decreto Legislativo N° 1297 (2016), las etapas del procedimiento por desprotección familiar son: "1. Evaluación

de la situación socio-familiar del niño y 2. Implementación del plan de trabajo individual y seguimiento a las medidas de protección” (art. 46).

Después que se emite la resolución que da inicio al procedimiento por desprotección familiar, se llevan a cabo diligencias a fin de entender la situación socio familiar del NNA.

“La evaluación socio familiar del NNA comprende las entrevistas, visitas domiciliarias, evaluaciones médicas, psicológicas, y todo tipo de actos dirigidos a determinar la situación socio- familiar” (Decreto Legislativo N° 1297, 2016, art. 47).

A su vez, alcanza a los miembros de su familia, incluida la familia extensa, o personas que puedan brindar información relevante sobre su situación personal y familiar.

Si durante la evaluación surgen indicios que la niña, niño o adolescente ha sido víctima de algún delito, la autoridad competente procede de manera inmediata a poner esta situación en conocimiento del Ministerio Público. (Decreto Legislativo N° 1297, 2016, art. 47).

“Así, luego de escuchar la opinión del niño, niña o adolescente, si de las actuaciones realizadas consta la situación de desprotección familiar provisional, se emite la resolución declarando la misma” (Decreto Legislativo N° 1297, 2016, art. 50).

Y aplicando la idoneidad necesaria, la resolución dispondrá la medida de acogimiento familiar o residencial. Consecuentemente, “produce la asunción automática de la tutela estatal por parte de la autoridad competente. Asimismo, produce de forma automática la suspensión de la patria potestad o de la tutela” (Decreto Legislativo N° 1297, 2016, art. 51).

b. Medidas de protección provisionales frente a la desprotección familiar

El Decreto Legislativo N°1297 (2016) establece los tipos de medidas de protección provisionales “a) Acogimiento familiar y b) Acogimiento residencial” (art.59).

“La autoridad competente puede remover o variar la medida de protección de oficio o a pedido de parte, mediante resolución debidamente motivada cuando las circunstancias objetivas que la motivaron se hubieran modificado” (Decreto Legislativo N° 1297, 2016, art. 61).

Las medidas de protección provisionales por desprotección familiar, tiene un plazo máximo de 18 meses, prorrogable por 6 meses, cuando existan causas justificadas que lo ameriten en función de su Interés Superior. Transcurrido ese plazo la autoridad competente resuelve la reintegración familiar y retorno de la niña, niño o adolescente a su familia o promueve la declaración judicial de desprotección familiar y la adopción de una medida de protección de carácter permanente. (Decreto Legislativo N° 1297, 2016, art. 63).

i. Acogimiento familiar

Según Freisy Peña (2019), establece que “tiene como finalidad procurar al menor separado de su familia, la atención en un contexto familiar o de convivencia adecuado, ya sea con carácter provisional, temporal, permanente o como paso previo para la adopción” (p.79).

Mediante el acogimiento familiar, los acogedores tienen la obligación de velar por el menor, ejerciendo la patria potestad.

“Tiene carácter preferente frente al acogimiento residencial y supone la integración de un menor en un

entorno familiar diferente al de su familia biológica” Ana Berrocal (como se citó en Peña, 2019, p. 79).

Conforme el D. Leg. N° 1297 (2016) existen tres clases de acogimiento familiar:

1. Acogimiento Familiar en Familia extensa. Esta medida de protección se aplica con aquella familia extensa que ha sido evaluada favorablemente para asumir el cuidado y protección de la niña, niño o adolescente. Es acompañada y apoyada profesionalmente, de manera permanente.

2. Acogimiento Familiar con Tercero. El acogimiento familiar con tercero, se aplica con una persona o familia que no forma parte de la familia extensa de la niña, niño o adolescente, que previamente ha sido seleccionada, y declarada idónea para ser familia acogedora. Es acompañada y apoyada profesionalmente, de manera permanente. En estos casos, se da preferencia a la persona o familia que haya tenido vínculo afectivo con la niña, niño o adolescente con anterioridad.

3. Acogimiento Familiar Profesionalizado. El acogimiento familiar profesionalizado es el que se brinda a niñas, niños o adolescentes con características especiales, por una persona o familia especialmente calificada, a condición de una subvención económica para los gastos de manutención de la niña, niño o adolescente, que incorpora su atención profesionalizada, bajo supervisión de la autoridad competente. (art.65).

ii. Acogimiento residencial

Ana Berrocal, citada por Freisy Peña (2019), establece que “el acogimiento residencial representa una medida de protección que consiste en la prestación de servicios de alojamiento, manutención, apoyo educativo y atención integral del menor en un centro de carácter residencial” (p. 80).

“El acogimiento residencial tiene carácter subsidiario, pues sólo tendrá lugar cuando se hayan agotado todas las posibilidades de mantener al menor en su familia o

bien no sea posible o no se considere adecuado el acogimiento familiar” Boccio (como se citó en Peña, 2019, p. 80).

Así mismo, el Reglamento del D. Leg. N° 1297 (2018) establece las finalidades de la medida de acogimiento residencial:

1. Brindar un cuidado alternativo individualizado que brinde oportunidades a la niña, niño o adolescente para lograr su desarrollo integral en atención a sus necesidades y su interés superior.
2. Posibilitar la reintegración familiar.
3. Favorecer la integración a una familia adoptiva cuando se ha declarado judicialmente la desprotección familiar y su adoptabilidad.
4. Preparación para la vida independiente. (art. 99).

c. Medidas de protección declarada judicialmente la desprotección familiar

“Las medidas de protección que se aplica cuando se declara judicialmente la desprotección familiar, tienen carácter permanente pero no definitivo, con excepción de la adopción y pueden ser modificadas, en base al interés superior y el principio de idoneidad” (Decreto Legislativo N° 1297, 2016, art. 117).

Asimismo, el D. Leg. N°1297 (2016) instituye los tipos de medidas de protección: “a) Acogimiento familiar, b) Acogimiento residencial, y c) Adopción” (art.118).

“Los acogimientos tanto familiar cuanto residencial, se brindan en una familia o centro de acogida respectivamente, con la finalidad de cubrir las necesidades de las NNA en un entorno familiar, hasta que alcancen independencia y autonomía” (Decreto Legislativo N° 1297, 2016, art. 119). Por ello, el último (adopción) que, a criterio del presente trabajo, creemos que es el más beneficioso, por su carácter de permanencia y su característica socioafectiva.

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

Ya sentadas las bases teóricas, habiendo tomado posición de la teoría jurídica que mejor se adapta a la figura jurídica de la adopción, haber estudiado sus requisitos, características y el novedoso régimen D. Leg. 1297; en este último capítulo, verificaremos el cumplimiento de nuestros objetivos para encontrar resultados en la presente investigación.

Es así que para responder a nuestro objetivo general debemos colegir que sí es posible la aplicabilidad del principio Jurídico de Afectividad, puesto que, es ideal una medida de protección de acogimiento familiar (ya sea con familia extensa, con tercero o profesionalizado) como antesala a la adopción de menores de edad, a fin de cultivar y nutrir los sentimientos de cariño y amor, respecto del adoptante con el adoptado; y, el juzgador o la instancia administrativa, mediante su equipo multidisciplinario (conformado por médicos, psicólogos, trabajadores sociales), verificarán el cumplimiento del beneficio efectivo.

3.1. Socioafectividad como punto de partida para la adopción

Debemos reestructurar el clásico concepto de adopción, enfocado desde el punto de vista de los padres, para satisfacer el deseo de ser padres; por el contrario, coligiéndose, que debe ser entendida como la posibilidad de darle una familia a un menor y permitirle su reinserción en un ambiente familiar.

El término socioafectividad captó la mente de los juristas brasileños, precisamente porque permite vincular el fenómeno social con el fenómeno normativo. De un lado está el hecho social y del otro el hecho jurídico, en el que el primero es convertido tras el impacto de la norma legal. La norma es el principio jurídico de afectividad. Las relaciones familiares y de parentesco son socioafectivas, porque reúne el hecho social (socio) y la incidencia del principio normativo (afectividad). (Lôbo, 2017, p. 26).

Es por ello, que es ideal una medida de protección de acogimiento familiar (ya sea con familia extensa, con tercero o profesionalizado) como antesala a una adopción, ya que en esta etapa se cultivará y nutrirá los sentimientos de cariño y amor, respecto del adoptante con el adoptado.

El juez o la instancia administrativa, mediante su equipo multidisciplinario, verificarán si la adopción contempla el beneficio efectivo de la persona adoptante respecto del menor de edad. Este es un requisito esencial, al que el juez o la instancia administrativa no pueden renunciar por ningún motivo; en mérito al principio del interés superior del niño y del adolescente.

Además la socioafectividad es un mecanismo que garantiza una correcta protección de los derechos que gozan los NNA porque es en ella que el niño alcanzará un desarrollo armonioso y pleno.

Asimismo, el derecho fundamental a formar una familia posee connotaciones que van más lejos de la clásica doctrina de protección integral del NNA con su figura de familia consanguínea porque muchas veces esta familia no asegura una tutela efectiva de los derechos de los NNA, por estas razones existe desprotección familiar de los padre de origen. Por consiguiente el formar parte de una familia rompiendo el paradigma de familia consanguínea es digna de protección por parte de nuestro Estado y los legisladores deberán de incorporarla en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Según Guillen et al. (2022) sostienen que:

El interés superior del niño como un principio, busca tutelar los derechos fundamentales frente a cualquier decisión jurisdiccional y que las mismas no pasen por encima de ellos, es así como el derecho a ser oído permite que el niño pueda expresarse y dar a conocer con quien se identifica y formó los vínculos afectivos, permitiendo alcanzar así su pleno desarrollo. Por tanto, el componente socioafectivo en sus relaciones familiares es de vital importancia en el crecimiento pleno y armonioso del desarrollo de la personalidad del niño, siendo que, este componente surge como parte de las obligaciones de la paternidad de forma natural en favor de los hijos (p. 33).

3.2. Alcance del Principio Jurídico de la Afectividad a partir de la legislación brasilera y su implicancia en los procesos de adopción

Primero, debemos definir el principio jurídico de la afectividad propuesta por Paulo Lôbo, a fin de connotar su importancia en los procesos de familia, incluidos la adopción.

Lôbo (2017) la define como:

“El beneficio efectivo se determina tanto en la condición subjetiva como en la objetiva, en la condición subjetiva, corresponde al juez valorar si existen indicadores de viabilidad; de una relación efectiva de afinidad y afecto entre adoptantes y adoptados, En la condición objetiva se observarán las circunstancias que ofrece el ambiente y vida familiar adecuados, de conformidad con el principio de prioridad absoluta prevista en el art. 227 de la Constitución³” (p.279).

El Derecho de Familia Brasileiro, otorga estabilidad en las relaciones socioafectivas y en la comunidad de vida. El principio de afectividad está entrelazado con los principios de convivencia familiar⁴ y de igualdad entre cónyuges⁵, parejas e hijos, que enfatizan el carácter cultural y no exclusivamente familia biológica.

Strauss, citado por Lôbo (2017) la define como la “expresión al paso del hecho natural de la consanguinidad al hecho cultural de la afinidad, esto en el sentido de afectividad” (p.68).

Asimismo, Varsi (2010) la define como “los vínculos afectivos que se crean y se afirman con el tiempo; es en el seno familiar, donde se da la interacción de los miembros y se va desarrollando una serie de acciones como: el respeto, el afecto, y la consideración” (p.59), lo que genera sentimiento de amor dentro del seno familiar, también, que implica poseer *tractatus* (trato de hijo con afecto), *nomen* (nombre de familia) y *fama* (imagen social).

El Principio jurídico de afectividad resalta la igualdad entre hermanos biológicos y no biológicos y el respeto a sus derechos fundamentales, además del fuerte sentimiento de solidaridad recíproca, que no puede ser perturbado por las condiciones imperantes de intereses patrimoniales.

Perú, también tiene que despertar el interés por la socioafectividad en el derecho de familia, especialmente en términos de filiación de menores de edad, no solo en la figura jurídica de la adopción, sino en todo el derecho de familia en general; puesto que, el profesor Paulo Lôbo, ha puesto de manifiesto que, el elemento definitorio y determinante de la paternidad

³ Haciendo referencia que se trata de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil.

⁴ Principio de convivencia familiar es recogido y reconocido en la la Constitución Política de la República Federativa de Brasil.

⁵ *Ibidem*, p. 68.

ciertamente no es biológico, ya que, la familia actual está entretejido en la complejidad de las relaciones afectivas que los seres humanos construyen entre libertad y responsabilidad.

A modo de ejemplo, en nuestro país, un progenitor, cuando éste no puede solventarse económicamente por cuenta propia, puede solicitar alimentos a su hijo, en mérito a lo estipulado en el art. 474 del CC; empero, si se presenta un caso fáctico de paternidad o maternidad socioafectiva, no reconocida judicialmente, dicho *pater familias* no podría accionar a fin de solicitar tutela jurisdiccional efectiva, respecto de los alimentos con su hijo socioafectivo.

Valorar la socioafectividad en las decisiones concernientes a la adopción implicará defender plenamente los derechos de los NNA, ya que el lazo socioafectivo “se construye desde un respeto mutuo, la misma que está manifestada por actos de cariño y entrega, donde se muestra claramente la existencia de una relación padre, madre e hijos en el seno familiar” (Varsi Rospigliosi, 2010, p. 58), en ese sentido, la relación filial que se obtenga entre adoptante y adoptado, necesariamente debe estar dotada de esta característica, asimismo, la etapa ideal para fortalecer este sentimiento recíproco debe ser en el acogimiento familiar con familias registradas en el banco de adopciones.

3.2.1. Parámetros de jurisprudencia brasilera respecto al principio de afectividad.

El Supremo Tribunal Federal de Brasil, ha establecido jurisprudencia vinculante respecto al principio abordado, y, para sintetizar un mejor desarrollo del *recurso extraordinário 898.060 santa catarina*, se elaboró la siguiente tabla:

Tabla 1**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA**

Criterios vinculantes para aplicar el principio de la afectividad

Paternidad socioafectiva, declarada o no en registro público, no impide el reconocimiento del vínculo de filiación concomitante basada en el origen biológico, con sus propios efectos jurídicos.	La imposibilidad de impugnar la paternidad o la maternidad socio-afectivo que se fundamenta en el origen biológico del reconocimiento sobreviviente.	La posibilidad de conocer el origen biológico, tanto a los efectos del derecho de la personalidad como a los efectos del parentesco competencia biológica con parentesco socioafectivo	La posibilidad de multiparentalidad, máximo en la situación; si el paradigma que sirvió de base para establecer la tesis (RE-898.060): la madre, el padre socioafectivo y el padre biológico.
---	--	--	---

3.3. Decisiones judiciales nacionales de la especialidad familia, relacionada al principio de afectividad en Brasil

Hasta ahora hemos abordado la problemática de manera teórica, empero, es menester tocarlo desde el punto de vista práctico, es por ello, que a través de un cuadro resumen se sintetizará y comparará algunas decisiones judiciales nacionales respecto al principio de afectividad (propuesta por el profesor brasileño Paulo Lôbo). Asimismo, como consecuencia de este principio, ver la dualidad de paternidades que se recoge en la legislación brasileña, en donde la paternidad biológica no excluya a la paternidad socioafectiva, plasmada en los *Certidão de nascimento*.

Además, con esto, “se observa que las relaciones parentales estuvieron restringidas durante mucho tiempo solo a lazos biológicos o registrales. Sin embargo, en la actualidad se ha abierto espacio para un nuevo paradigma, el de la socioafectividad” (Araujo, 2022).

Para el siguiente caso práctico se analizó y sintetizaron los siguientes Exp. Judiciales 00165-2021-0-0603-JP-FC-01 (ofrecimiento de pago por concepto de alimentos), 00602-2021-0-0603-JR-FC-01 (impugnación de paternidad) y 00531-2021-0-0603-JR-FC-01 (régimen de visitas) todos de la especialidad Familia Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en donde, se evidencia la vulneración del principio de afectividad (Brasil), puesto que el Juzgador a través de una sentencia motivada (Sentencia 67-2022-FC, de fecha 21 de octubre de 2022) excluye la paternidad socioafectiva de la paternidad biológica en un proceso de impugnación de paternidad, aunando a ello, que en dicho proceso, no se tomó en cuenta la opinión del menor; además que nuestro ordenamiento jurídico no prevé este tipo de situaciones pese a contar con el D. Leg. 1297 y su reglamento. Aunando a ello, cabe aclarar que los procesos mencionados guardan conexidad respecto al elemento subjetivo (partes procesales).

Asimismo los puntos controvertidos del proceso de impugnación de paternidad fueron:

Tabla 2

Puntos controvertidos del Exp. 00602-2021-0-0603-JR-FC-0		
Determinar si corresponde ordenar la impugnación de la paternidad contenida en el acta de nacimiento y del vínculo filial que pudiera existir entre el menor, con relación al demandado uno	Determinar si corresponde ordenar suprimir los datos respecto del demandado uno de los datos de padre de la partida de nacimiento del menor	Determinar si entre el menor de edad y el demandado dos, existe algún vínculo de filiación, a efectos de no vulnerar el derecho de identidad del menor y se pueda considerar como padre dentro de la partida del menor antes indicado.

Tabla 3

Expedientes judiciales de la especialidad familia, comparativa con el principio afectivo brasilero – CSJCA

Proceso no contencioso – Ofrecimiento de Pago por concepto de alimentos					
Expediente		De los hechos		Decisión Judicial - Perú	Lo que se debería haber analizado en mérito al principio de la afectividad-Brasil
Número	Partes procesales y fecha de demanda	Derecho de acción	Derecho de contradicción	Auto final - Sentencia	
00165-2021-0-0603-JP-FC-01	Solicitante: Ex pareja (Varón) Demandada: Ex pareja (mujer) F: 23-07-2021	El accionante ofrece pagar S/ 150.00 mensuales a favor de su menor hijo	La demandada formula contradicción rechazando el ofrecimiento de pago	Auto final Se tienen por ofrecidos y consignados los depósitos judiciales en la suma de S/600.00, sin pronunciamiento sobre sus efectos, sin embargo, la accionante no acude al Juzgado para sus endosos respectivos	- No aplica

Proceso Sumarísimo – Impugnación de Paternidad

00602-2021-0-0603-JR-FC-01	Demandante: Ex pareja (mujer)	La demandante aduce básicamente y en resumen que el	Litisconsorcio necesario	Sentencia 67-2022-FC	<ul style="list-style-type: none"> • Opinión del menor. EL menor de edad debió ser escuchado antes de la decisión judicial a fin de preguntarle sobre su relación afectiva con el litisconsorte uno.
	Demandado: Ex pareja (varón – litisconsorte uno)	litisconsorte uno no es el padre biológico del menor,	Uno.- El demandado, aduce tener lazos afectivos con su hijo y que la accionante solo busca alejarlo de su hijo.	<ul style="list-style-type: none"> • Fundada la demanda interpuesta por la accionante. • Nulidad de acta de nacimiento del menor y suprimir nombre del litisconsorte uno, sustituyéndola por el litisconsorte dos⁶. 	<ul style="list-style-type: none"> • Condición Subjetiva. Se debió evaluar indicadores de viabilidad, relación efectiva de afecto evaluado por equipo multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.
	Demandado: Ex pareja (varón – litisconsorte dos)	asimismo, señala a la persona que es el verdadero padre biológico del menor (litisconsorte dos)	Dos.- Codemandado (presunto padre indicado por la accionante) dice no saber nada, pero se somete a prueba de ADN.	<ul style="list-style-type: none"> • Respetar el Derecho a la identidad del menor. • Filiación entre Litisconsorte dos y menor de edad. • Remite copias a fiscalía de turno por presunto delito de falsedad ideológica. 	<ul style="list-style-type: none"> • Condición Objetiva. Se debió evaluar condiciones ambientales y vida familiar adecuada para el menor de edad. • Ordenar la <u>adhesión de padre socioafectivo</u> junto a padre biológico en el rubro nombre de padre del Acta de Nacimiento del menor, donde el primero no excluya al segundo.

⁶ Una pericia de ADN negativa respecto al litisconsorte uno, no puede tener la facultad de terminar con la filiación, máxime, si la familia no se limita a la sangre.

Proceso Único – Régimen de Visitas

00531-2021-0-0603-JR-FC-01	Demandante: Ex pareja (Varón, litisconsorte uno del proceso 602- 2021-JR-FC)	Solicita se establezca régimen de visitas a efectos de cultivar lazos afectivos con su menor hijo	Solicita se declare infundada la demanda que el accionante no es el padre biológico del menor.	se la que el padre del programada.	No hay emisión de sentencia, se archivó por incomparecencia de las partes a audiencia programada.	<ul style="list-style-type: none"> • Condición Subjetiva. Se debió evaluar indicadores de viabilidad, relación efectiva de afecto, aunque el accionante no fuese su padre biológico a fin de prevalecer el vínculo afectivo del menor, concordante a su Interés Superior. • Condición Objetiva. Condiciones ambientales y vida familiar adecuada.
	Demandado: Ex pareja (Mujer, accionante del proceso 602-2021- JR-FC)					
	F: 12-10- 2021					

Leyenda

F : Fecha
JP : Juzgado de Paz
FC : Familia Civil
ADN: Ácido Desoxirribonucleico

De los cuadros que anteceden, se puede colegir, que el Juzgador solo considera vínculo filial a la paternidad biológica, excluyendo la posibilidad de una paternidad socioafectiva; motivo por el cual, el principio jurídico de la afectividad debe ser incorporado en nuestra legislación nacional, quedando claro que la paternidad ya no versará solamente en la relación biológica fundada en la consanguinidad.

Incorporar el principio jurídico de la afectividad permitirá la desbiologización que Según Montagna (2016) establece que:

La desbiologización abre el camino a la familia socioafectiva, fundada en lazos afectivos, haya o no vínculo biológico. Recíprocamente, la *filialidad socioafectiva* es aquella que resulta, no de la biología, sino del vínculo afectivo. Implica el ser tratado efectivamente como hijo, incluso en lo que refiere a las obligaciones frente a la sociedad. La afectividad, que no debe ser confundida con el amor, comienza no solo a cumplir un papel relevante en la perspectiva jurídica de la composición familiar, sino que puede fundar una relación de parentesco (p. 77).

Además, que los lazos afectivos se desarrollan en la niñez, lo que permite forjar la personalidad, el carácter y la identidad de los NNA, generando una conexión entre padres e hijos, siendo la socioafectividad el factor primordial de esta relación.

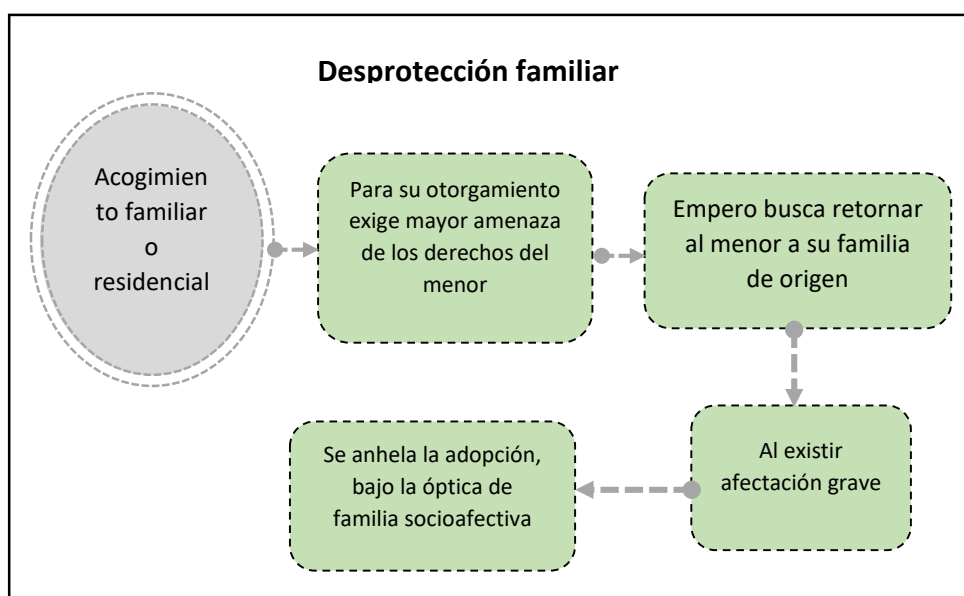
También el principio de la afectividad, permitirá incorporar una definición de familia socioafectiva que según el profesor Varsi, citado por Guillen et al (2022), establece que:

Los vínculos socioafectivos se irán formando en la medida de una convivencia respetuosa, pública y firmemente establecida, donde la personalidad del niño se va desarrollando alrededor de un enlace emocional; por tanto, la socioafectividad se logrará concretizar en la convivencia familiar como garantía fundamental (p. 1).

También señala que “padre es el que cria, siendo el que engendra el progenitor” (Varsi Rospigliosi, 2010, p. 60); por ello nuestra legislación deberá enfatizar el afecto en las relaciones paterno filiales rompiendo el paradigma de familia consanguínea como la más importante.

3.4. Observancia del deber del Estado para proteger la desprotección familiar en el Perú

Del marco teórico se colige que el Estado otorga medidas de protección en casos de desprotección familiar, empero, cuando existe una afectación grave de sus derechos, se anhela una medida de protección permanente (adopción), y ésta a la vez debe estar dotada de socioafectividad, porque resulta contradictorio pretender retornar al NNA a su familia de origen para que se quebrante y afecte su interés superior, además, de ser contraria al principio de paternidad y maternidad responsable consagrada en el artículo 6 de nuestra constitución.



Las medidas de protección que otorga el estado, si son suficientes para los casos de desprotección familiar, empero, la finalidad dichas medidas no son las indicadas, ya que, su finalidad primordial es retornarlo al menor de edad a su familia de origen, enfocándose en la familia consanguínea como la más importante, empero, muchas veces ya no es el más adecuado, porque, si hay un incremento en la afectación o amenaza de sus derechos, existe un distanciamiento y enfrentamiento con el interés superior del menor y su afectividad se pone en tela de juicio en relación a sus padres consanguíneos.

Además que a través de cuadros resúmenes haremos la comparativa de las medidas de protección otorgadas por el Estado.

3.4.1. Acogimiento familiar vs adopción

Para un mejor desarrollo de esta comparación se elaboró el siguiente cuadro:

Tabla 4

Acogimiento familiar	Adopción
Su finalidad es brindar de manera temporal o permanente, protección al NNA en un medio familiar distinto al de su familia de origen para asegurar su bienestar integral ⁷ . Buscar el retorno del menor a su familia de origen.	Su finalidad es garantizar los derechos de los NNA declarados judicialmente en desprotección familiar y adoptabilidad de manera definitiva, otorgándole una familia idónea para su desarrollo integral ⁸ .
Se clasifica en acogimiento familiar en familia extensa, con tercero y profesionalizado ⁹ .	Los tipos de adopción son nacional e internacional ¹⁰ .
Con respecto a la familia de origen del menor existe una suspensión de la patria potestad.	La familia de origen del menor pierde la patria potestad, otorgándola a la familia adoptante.

3.4.2. Acogimiento residencial vs adopción

Para la comparativa en mención se elaboró el siguiente cuadro:

Tabla 5

Acogimiento residencial	Adopción
Su finalidad es brindar cuidado individualizado al NNA para que logre su desarrollo integral posibilitando su reintegración familiar ¹¹ .	Su finalidad es garantizar los derechos de los NNA declarados judicialmente en desprotección familiar y adoptabilidad de manera definitiva, otorgándole una familia idónea para su desarrollo integral

⁷ Art. 70 del reglamento del decreto legislativo N° 1297.

⁸ Art. 165 del reglamento del decreto legislativo N° 1297.

⁹ Art. 65 del decreto legislativo N° 1297.

¹⁰ Art. 129 del decreto legislativo N° 1297.

¹¹ Art. 99 del reglamento del decreto legislativo N° 1297.

Cuando el NNA ha sido declarado judicialmente en desprotección familiar y su adoptabilidad, favorece su integración en una familia adoptiva.	Mediante la adopción las necesidades del NNA serán acordes al perfil y competencias parentales que necesitan.
Prepara al NNA para la vida independiente.	Integra al menor de edad a una familia socioafectiva.
Es exclusiva para el procedimiento por desprotección familiar.	Establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre adoptante y adoptado ¹² .
Se clasifican en centros de acogida residencial de urgencia, básico y especializado.	Es <i>última ratio</i> , cuando los criterios para disponer el retorno del NNA a su familia de origen fallan.

De los puntos 3.4.1 y 3.4.2 se colige que la adopción para niños y adolescentes que se encuentran en estado de desprotección familiar, enfocada desde una perspectiva del vínculo familiar socioafectivo; es la mejor opción en cuanto a las otras medidas de protección, consecuentemente la más beneficiosa, porque desde el momento que se inicia un procedimiento por desprotección familiar, implica explícitamente un incremento en la amenaza o afectación de los derechos de los NNA, con serios descuidos parentales en los progenitores; y pese a que la norma tiene criterios para tratar de retornar al menor de edad a su familia de origen, a menudo atenta contra su integridad cuando estos criterios fallan.

3.5. Reconocimiento de filiación en Perú y Brasil.

La socioafectividad no está regulada en nuestra legislación, empero, sí en algunos países de Latinoamérica como es el caso de nuestro vecino país Brasil, que ha planteado el principio jurídico de la afectividad, y, a criterio

¹² Art. 127 del decreto legislativo N° 1297.

del autor brasileño Paulo Lôbo ha marcado la evolución del derecho de familia moderno.

Según Paulo Lôbo, Brasil reconoce la filiación mediante tres maneras: presunta, biológica y socioafectiva, donde ninguna es jerárquicamente superior a la otra, además, la llamada verdad biológica no siempre es suficiente, ya que la certeza absoluta de origen genético no es suficiente para fundamentar la filiación, especialmente cuando esto ya se haya establecido en la convivencia de larga duración con los padres socioafectivos, o, cuando se derive de la adopción; y, nuestro país, acoge solo el reconocimiento filial por presunción (art. 362 CC) y el reconocimiento filial biológico (inc. 5, art. 363 CC).

Incluso en la familia tradicional, la filiación biológica estaba claramente definida entre hijos legítimos e ilegítimos, demostrando que el origen genético nunca fue, estrictamente hablando, la esencia de las relaciones familiares.

Aplicar el Principio de Afectividad en los procesos de adopción, implicaría que este valor supremo admita otro origen de filiación distinto al biológico, sólo viable mientras esté presente el afecto, junto a la solidaridad, valores primordiales que consolidan la unidad familiar, base de la sociedad que merece protección prioritaria.

Por estos fundamentos, nuestra legislación debe incorporar el Principio Jurídico de la afectividad, ya que permitirá una nueva manera de reconocer la filiación, aunando, que nuestro ordenamiento jurídico solo posee el reconocimiento de filiación por presunción (en caso de cónyuges) y la biológica por prueba de ADN, además que dicho principio será de aplicación a todo nuestro derecho de familia.

CONCLUSIONES

- 1.- Si es posible la aplicabilidad del principio de Afectividad, dado que, es ideal una medida de protección de acogimiento familiar (ya sea con familia extensa, con tercero o profesionalizado) como antesala a la adopción, a fin de cultivar y nutrir los sentimientos de cariño y amor, respecto del adoptante con el adoptado y el juez o la instancia administrativa, mediante su equipo multidisciplinario, verificarán el cumplimiento del beneficio efectivo.
- 2.- El Principio de Afectividad propuesto, resalta la igualdad entre hermanos biológicos y no biológicos, y, el respeto a sus derechos fundamentales; por tal motivo, su aplicación versará no solo sobre los procesos de adopción en el Perú, sino a todo el ámbito familiar, pues otorgará protección jurídica incluso al padre socioafectivo que quiera solicitar alimentos.
- 3.- De la casuística peruana, se colige, que nuestra legislación a pesar de contar con el D. Leg. 1297 y su reglamento, no está preparada para situaciones fácticas, donde, el sentimiento de cariño y amor del menor de edad es dejado de lado para otorgarle importancia a la filiación biológica.
- 4.- Las medidas de protección reguladas en la legislación peruana aplicables a menores de edad en estado de desprotección familiar, si son suficientes para la observancia del deber de Estado de tutelar a los menores que se hallan en dicha situación, empero, la naturaleza jurídica de las medidas de protección provisionales no son las indicadas, puesto que, pretenden el retorno del menor a su familia de origen cuando su desarrollo integral fue quebrantado gravemente, y, procurar retornarlos, los colocaría en estado latente de vulneración.
- 5.- Aplicar el principio de la afectividad en nuestro país, es totalmente pertinente, conducente y útil, ya que permitirá que los operadores jurídicos (abogados, jueces, fiscales, defensores públicos) tengan un enfoque más amplio de familia, lo que conllevará a mejores decisiones judiciales a favor del interés superior del NNA, además, que su incorporación permitirá un nuevo origen de filiación, el socioafectivo, no excluyente de la filiación biológica.

RECOMENDACIONES

- 1.-Se recomienda a los legisladores incorporen el principio jurídico de afectividad en el ordenamiento jurídico vigente, consecuentemente, una adecuación de los fines D. Leg. 1297 y su reglamento, en concordancia con el principio propuesto, a fin de lograr un mejor desarrollo socioafectivo del menor de edad aunque no fuese con su familia consanguínea, además, crear, incorporar y regular, un registro de padres afectivos para situaciones especiales de filiación, a fin de que éstos no sean excluidos por los padres biológicos.
- 2.-Se sugiere al Estado, para que a través de sus organismos competentes, como MINJUS, Poder Judicial, Fiscalías de familia, DEMUNAS, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, PNP, creen planes de difusión de las funciones que desempeñan sus instancias administrativas en temas de adopción, a fin de crear sensibilización en la población, reformulando el clásico entendimiento respecto de la figura jurídica de la adopción, que se enfoca desde el punto de vista de los padres, para satisfacer el deseo de ser padres. Por el contrario, informando que debe ser entendida como la posibilidad de darle una familia a un menor y permitirle su reinserción en un ambiente familiar.
- 3.-Se recomienda la modificación del artículo 474 del CC, en mérito al Principio de la Afectividad, en el sentido de incluir al padre socioafectivo como ascendiente del menor de edad, a fin de que éste, en su adultez, si cree necesario, solicite Tutela Jurisdiccional Efectiva respecto a los alimentos.
- 4.-Se recomienda a los operadores jurídicos realizar una interpretación sistemática del artículo 724 del CC, concordante con el Principio Jurídico de Afectividad, lo que permitirá que los hijos y padres socioafectivos sean considerados herederos forzosos.

LISTA DE REFERENCIAS

- Cahua, C. (2017). *La desprotección familiar como factor causal de trata de personas en el Distrito de Inambari, Provincia de Tambopata, Departamento de Madre de Dios, año 2016*. (tesis de pregrado). Universidad Andina del Cusco. Puerto Maldonado, Perú. Recuperado de: shorturl.at/ptzZ4.
- Chunga Lamonja, F. (1993). *Derecho de Menores*. Lima, Perú: Grijley.
- Chunga Lamonja, F. (2011). La adopción de menores en el Perú y la Convención sobre los Derechos del Niño. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porras*. (14), 20-56.
- Código Civil Comentado. (2003). Tomo III. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Cornejo Chávez, H. (1985). *Derecho de Familia Peruano*. Tomo 2. Lima, Perú: Librería Studium.
- Mendoza Gutiérrez, T. (2019). *La declaración de desprotección familiar de menores y su incidencia en los procesos de adopción, Corte Superior de Lima, 2018*. (tesis de pregrado). Universidad Cesar Vallejo. Lima, Perú. Recuperado de: shorturl.at/aelGX.
- Momethiano Zumaeta, E. (1998). *Derechos de Menores*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Momethiano Zumaeta, E., y Mallqui Reynoso, M. (1999). *Alternativas frente a la problemática del menor en situación de abandono*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Peña, F. (2019). *Centros de acogida residencial para menores en desprotección familiar en el Distrito de Piura, 2017-2018*. (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Piura. Piura, Perú. Recuperado de: shorturl.at/gpNO4.
- Quiri Malpartida, R., y Perez Fernández, E. (2018). *La desprotección familiar del niño, niña y adolescente y la prohibición de la suspensión de la pena en los procesos de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar en Lima en el periodo enero-junio del 2018*. (tesis de pregrado).

Universidad Autónoma del Perú. Lima, Perú. Recuperado de: shorturl.at/bgjtX.

Revoredo, M. F. (s.f.). La familia vista a la luz de la Constitución y los Derechos Fundamentales: Aproximación a un análisis crítico de las instituciones familiares. *Foro Jurídico*. 122.

Romero A. (2017). *Investigación tutelar de menores albergados en el centro de atención residencial "Santa María de Guadalupe" de la Ciudad de Huánuco, período 2012-2017*. (tesis de pregrado). Universidad de Huánuco. Huánuco, Perú. Recuperado de: shorturl.at/fikCI.

Schreiber Pezet, M. A. (2001). *Exégesis del Derecho Civil Peruano*. Tomo 8. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Sokolich, M. (2017). Protección y bienestar de los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación. *Lumen*. (13) ,117-124.

Vargas Paredes, Z. (2020). *Adopción para formar familias monoparentales y su eficacia con el interés superior del niño y adolescente en desprotección Perú, 2018-2019*. (tesis de pregrado). Universidad Nacional de la Amazonia Peruana. Iquitos, Perú. Recuperado de: shorturl.at/azHIL.

Vásquez García, Y. (1998). *Derecho de Familia*. Tomo 1. Lima, Perú: Editorial Huallaga.

Villaverde, M. S. (2006). *Estado de abandono*. Recuperado de: shorturl.at/agF12.

Lôbo, P. L. (2017). *Dereito Civil - Famílias*. Sau Paulo: Saraiva Jur.

ANEXOS

Conversatorio con la doctora Claudia Cabanillas Quevedo (Jueza Especializada del Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca) acerca de la adopción en menores de edad

URL:https://drive.google.com/file/d/1dKJSejNgWO98grQ1TWrSgHIVeoTX3CS_T/view?usp=share_link

EXPEDIENTE NRO : 00602-2021-0-0603-JP-FC-01-
MANDANTE : IRMA AZUCENA ZEGARRA ARAUJO
MANDADO : ALEXANDER ALVA VERA
MATERIA : IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD
JUEZ : JOSE LUIS HUAMAN SILVA.
SECRETARIO : JESSICA LILIANA FERNANDEZ LLOVERA



SENTENCIA N° 67-2022 - Familia Civil

RESOLUCIÓN NUMERO DIEZ.

Celendín, veintiuno de octubre
Del dos mil veintidós.

VISTOS:

Los presentes autos seguidos por **IRMA AZUCENA ZEGARRA ARAUJO**, sobre **IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD** contra **ALEXANDER ALVA VERA** y **FIDEL CHAVEZ SANCHEZ**, el señor Juez del Juzgado Mixto de Bolívar quien realiza Itinerancia en Apoyo al Juzgado Civil de la Provincia de Celendín, impartiendo Justicia a nombre de la Nación ha expedido la siguiente sentencia.

I. ACTIVIDAD PROCESAL.

1. Mediante escrito de fecha veintidós de noviembre del dos mil veintiuno, a folios trece a veinte, la señora Irma Azucena Araujo, interpone demanda sobre impugnación de paternidad contra el señor Alexander Alva Vera y Fidel Chávez Sánchez, la misma que fue declarada inadmisibles mediante resolución número UNO de fecha veinticinco de noviembre del dos mil veintiuno, a folios veintiuno y veintidós, otorgando un plazo de tres días a fin de que cumpla con subsanar las omisiones advertidas.
2. Por escrito de fecha tres de diciembre del dos mil veintiuno, a folios veinticinco, la parte demandante cumple con subsanar las omisiones advertidas, por lo que mediante resolución número DOS de fecha veinte de diciembre del dos mil veintiuno a folios veintinueve y treinta, se admitió a trámite la demanda, disponiendo además el traslado a la parte demanda a fin de que cumpla con absolverla dentro del plazo de ley.
3. El Ministerio Público mediante escrito de fecha cinco de enero del dos mil veintidós comunican la toma de conocimiento del proceso en trámite; y por escrito de fecha once de enero del dos mil veintidós a folios treinta y ocho a cuarenta y uno el demandado Fidel Chávez Sánchez contesta la demanda, haciendo lo propio el demandado Alexander Alva Vera cuyo escrito obra a folios cuarenta y cinco a cincuenta y dos, emitiéndose la resolución número TRES de fecha veinte de enero del dos mil veintidós, obrante a folios cincuenta y tres y cincuenta y cuatro, la misma que declaró inadmisibles la contestación efectuada por

- Alexander Alva Vera otorgándole el plazo de tres días a fin de que subsane las omisiones advertidas, así como dio por contestada la demanda por parte de Fidel Chávez Sánchez.
4. Por escrito obrante a folios cincuenta y ocho a cincuenta y nueve, el demandado Alexander Alva Vera cumple con subsanar las omisiones por lo que el Juzgado Civil de esta Provincia emite la resolución número CUATRO de fecha veintiuno de febrero del dos mil veintidós a folios sesenta y sesenta y uno, resolvió tener por contestada la demanda por Alexander Alva Vera, además de señalar fecha para la realización de la Audiencia de Saneamiento Pruebas y Sentencia (Única).
 5. A folios sesenta y seis a sesenta y ocho, obra el Acta de Audiencia Única en la cual se declaró el saneamiento del proceso, la fijación de puntos controvertidos, la admisión y actuación de medios probatorios, suspendiendo la diligencia para su continuación en la audiencia de Toma de Muestras de ADN, la misma que se realizó el día veintiséis de julio del dos mil veintidós, conforme al acta obrante a folios noventa y dos a noventa y cinco.
 6. A folios ciento tres y ciento cuatro obra el acta de Apertura de sobre conteniendo los resultados de la toma de muestras, por lo que siendo el estado del proceso, es de proceder a emitir el pronunciamiento de fondo.

II. FUNDAMENTOS DE LAS PARTES PROCESALES.

Argumentos de la parte demandante.

7. La recurrente es madre biológica del menor José Alexander Alva Zegarra, el mismo que en la actualidad cuenta con diez años de edad, tal y como lo acredita con el Acta de Nacimiento que adjunto al presente escrito como medio probatorio, con la cual demuestro la existencia de este.
8. Como se aprecia en el Acta de Nacimiento CUI 63340141, tanto el demandado como la recurrente aparecemos como padres del menor José Alexander Alva Zegarra; sin embargo, esta situación no obedece a la realidad con respecto al demandado.
9. El Acta de Nacimiento CUI 63340141 perteneciente a su menor hijo José Alexander Alva Zegarra, no obedece a la realidad, es porque el demandado **no es el padre biológico** del mencionado menor, ya que, si bien es cierto, con el demandado han tenido una convivencia, pero eso no significa que él sea el padre de su menor hijo y eso muy bien lo sabe ya que en reiteradas ocasiones le ha dicho, pero nunca le ha pedido que lo reconozca como a su hijo pues lo ha hecho a escondidas.
10. El demandado a pesar de saber que no es el padre biológico de su menor hijo José Alexander Alva Zegarra, ha interpuesto un proceso de ofrecimiento de pago por concepto de pensión alimenticia en favor de su hijo tal y como lo demuestra con la copia del Acta de Audiencia

que lo contiene el Auto Final del Expediente N° 165-2021, asimismo, se ha demandado por Régimen de Visitas a través del Expediente N° 531-2021 tal y como lo demuestra con la Copia de la resolución admisorio; sin embargo, el demandado interpone procesos a pesar de que la recurrente nunca le he pedido nada.

11. Debido a que esta situación le está generando grandes problemas, sobre todo a su menor hijo José Alexander Alva Zegarra le está perjudicando en su desarrollo emocional, es que se ha visto en la imperiosa necesidad recurrir a su digno despacho con la finalidad de que pueda dilucidar este conflicto, por lo tanto, en vista de la insistencia del demandado, es que considero necesario se realice una pericia de ADN entre el demandado y su menor hijo, la misma que ofrece de nuestra parte, con la cual el demandado se convencerá que no es su padre biológico.

Argumentos de la contestación de la parte demandada Fidel Chávez Sánchez.

12. Manifiesta en calidad de fundamentos que respecto a los argumentos contenidos en los numerales 1,2,3,4,5 que dan cuenta de la existencia del menor José Alexander Alva Zegarra, su alumbramiento, nacimiento y pleitos existentes entre la demandante en condición de madre y el padre legal de dicho menor, desconozco tales hechos, por lo que no puede afirmar o contradecir dichos argumentos.
13. Respecto a los hechos que se indican en el escrito de subsanación de omisiones presentado por la demandante, en el que se me señala ser el padre biológico, debo referir que la demandante nunca me ha referido ser yo el padre biológico del menor, sin embargo, no tengo ningún inconveniente u oposición para someterme a la prueba de ADN solicitada por la demandante para dilucidar la incertidumbre sobre la paternidad de dicho menor.

Fundamentos en que se sostienen nuestra contestación.

14. Reitera que en tiempo atrás la demandante nunca le refirió o imputó ser el padre del menor en mención, por lo que se ve sorprendido que recién la demandante indique que es el padre biológico; es decir, que después de casi 10 años se revela la presunta paternidad del menor, lo que evidencia que su propia progenitora habría privado la identidad a su menor hijo
15. Sin embargo, no tiene ningún inconveniente ni menos presta oposición para someterse a la prueba de ADN solicitada por la demandante para dilucidar la incertidumbre sobre la paternidad de dicho menor.

Argumentos de la contestación de la parte demandada Alexander.

16. Es cierto lo manifestado por la accionante, pues fruto de su relación convivencial procrearon a su menor hijo de nombre José Alexander Alva Zegarra de diez años de edad, acordando con su progenitora en ponerle el prenombre de "ALEXANDER" a su hijo, para que llevara el mismo nombre que su padre, acuerdo voluntario que se llevó a cabo, como es de verse del

- acta de nacimiento de nuestro hijo, con CUI 63349141, suscrita por la accionante, la registradora civil de la Municipalidad Provincial de Celendín y su persona.
17. En lo referente al considerando dos y tres del escrito de demanda manifiesta que es totalmente lo falso lo descrito por la demandante, puesto que lo consignado en la referida acta de nacimiento de su hijo, obedece a la realidad fáctica; siendo un documento de fecha cierta, que fue suscrito voluntariamente entre los intervinientes, sin mediar dolo, lesión e intimidación, ni ningún vicio que invalide el referido acto jurídico.
 18. La accionante argumenta que "no es el padre biológico" de su menor hijo, empero dicho argumento es un "ardid" utilizado con la finalidad de alejarle de su hijo José Alexander Alva Zegarra, vulnerando de esta manera el derecho del niño a ser visitado por el padre que no accedió a la tenencia, concordante a lo establecido en el artículo 9°, numeral 3 de la convención sobre los Derechos del Niño y vulnerando su interés superior del que goza.
 19. Manifiesta que desde que se separaron por diversos problemas interpersonales que surgieron de su relación convivencial; y decidieron dar por separada su vida en común, su hijo quedó al cuidado de su progenitora, aunando que desde que se separaron le impide que visite a su menor hijo José Alexander Alva Zegarra, motivo por el cual accionó el proceso de régimen de visitas, recaído en el expediente judicial N° 531-2021-0-0603-JR-FC-01.
 20. La presente demanda tiene también como finalidad dilatar y entorpecer el proceso judicial referido en el párrafo precedente, además que ocasiona un daño psicológico tanto a su hijo José Alexander Alva Zegarra y a su persona, debido a que una presunción de esa naturaleza, por las máximas de la experiencia una persona requiere tratamiento psicológico para poder asimilarla; aunando que con su hijo tiene lasos fuertes de afecto, configurándose la relación paterno- filial padre-hijo que mantuvo con él hasta la edad de cuatro años, fecha en la cual terminó la relación convivencial con su progenitora y hasta la fecha le impide visitarlo.
 21. El argumento planteado por la accionante consistente en que: "reconoció a escondidas a su hijo José Alexander Alva Zegarra" deviene en física y jurídicamente imposible, dado que, del acta de nacimiento se aprecia que se consignan tres firmas, una de la accionante, otra de la registradora civil y otra de su persona, todas suscritas en la misma fecha; aunado que no existe ninguna anotación por parte de la registradora civil, por lo que su argumento es una mentira para cumplir las finalidades establecidas en los párrafos 2.1 y 2.3 del presente escrito.
 22. Con respecto al cuarto fundamento de la demanda, indica que es cierto que interpuso los procesos de Ofrecimiento de Pago por concepto de pensión de alimentos y Proceso de Régimen de visitas.
 23. En lo referente al quinto fundamento de la demanda es cierto lo indicado por la recurrente, puesto que su hijo José Alexander Alva Zegarra está sufriendo un daño psicológico producto de los presuntos hechos materia del presente proceso, daños que abarcan también a su

persona; pues se puede inferir que la demandante ha accionado maliciosamente con el fin de dilatar el proceso de régimen de visitas que le interpuso, aunando que recién a la fecha, después de diez años aproximadamente pretende incoar una impugnación de paternidad, pudiendo haberlo interpuesto con anterioridad.

24. En caso sea desestimada su excepción interpuesta, con respecto a la pericia mencionada en el considerando cinco del escrito de demanda, y con la finalidad de demostrar que es el padre de su hijo José Alexander Alva Zegarra acepta que se realice una prueba genética de ADN entre la recurrente, su hijo y su persona; pericia ofrecida por la recurrente, por lo que se colige que todo gasto que demande dicha pericia correrá por cuenta de la accionante.

Fundamentos en que apoya su defensa.

25. Además de todo lo acotado es menester mencionar que, el verdaderamente legitimado con respecto al plazo para interponer la demanda de impugnación, conforme a lo establecido por el artículo 400° del Código Civil, indica que "El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto"; es así que, de acuerdo a lo manifestado por la demandante en su escrito de demanda, ella supuestamente sabía que yo no era el padre del menor desde su reconocimiento en la Municipalidad Provincial de Celendín (año dos mil once), y del seguimiento en la página de consultas de expedientes judiciales del Poder Judicial (<https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html>), se aprecia que la presente demanda fue interpuesta el veintidós de noviembre del dos mil veintiuno, DIEZ años después a lo que supuestamente tuvo conocimiento de la verdad, es decir, interpone su demanda habiendo transcurrido en exceso el plazo establecido en la norma, razón por la cual, la presente demanda deberá ser declarada improcedente.

III. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Normas legales aplicables al caso.

26. Normas aplicables del Código Civil.

Requisitos de error

Artículo 201.- El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.

Causales de nulidad

Causales de anulabilidad

Artículo 221.- El acto jurídico es anulable:

1.- Por incapacidad relativa del agente. ()*

() Numeral modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:*

"1.- Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44."

2.- Por vicio resultante de **error**, dolo, violencia o intimidación.

3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.

4.- Cuando la ley lo declara anulable.

Efectos de la nulidad por sentencia

Artículo 222.- El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.

Artículo 225.- No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo.

27. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA en la CASACIÓN 864-2014, ICA, de fecha Lima, uno de septiembre de dos mil catorce. ha resuelto lo siguiente:

(...)

CUARTO.- Que, en atención a lo alegado en el recurso de casación sub examine cabe manifestar lo siguiente: El artículo 395 del Código Civil, que califica el reconocimiento de paternidad (o maternidad) como un acto **irrevocable**, así como exento de modalidades, debe interpretarse de manera sistemática con la integridad de nuestro ordenamiento normativo jurídico. En tal sentido, es particularmente destacable el contenido del derecho a la identidad, consagrado en la norma del artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, así como en la del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes. Al respecto Carlos Fernández Sessarego sostiene que el derecho a la identidad comprende el derecho al nombre; señala que el derecho a la identidad "supone el reconocer a cada persona, en cuanto ser único y no intercambiable, su propia identidad psicosomática. A partir de este reconocimiento la persona tiene la facultad y el deber de asumir la paternidad de sus propias acciones de conducta, así como impedirle le atribuyan comportamientos ajenos. El que la persona sea idéntica a sí misma implica reconocer la vertiente personal del ser humano que se complementa con aquélla de carácter social. El hecho de que todos los hombres sean iguales no significa que la persona pierda su propia identidad, diluyéndose en la pura individualidad o disgregándose en la colectividad. El ser humano es estructural y simultáneamente, personal y comunitario" (Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Tercera edición. Librería Studium, Lima, 1988, página 77).

QUINTO.- Que, la concepción del **derecho a la identidad** previamente glosada debe concordarse con la regulación dispensada por la norma del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, según la cual el **derecho a la identidad incluye el derecho a conocer a**

sus padres y llevar sus apellidos, debiendo entenderse esta referencia a los verdaderos padres.

SEXO.- *Que, en tal orden de ideas, una correcta interpretación de la norma contenida en el artículo 395 del Código Civil, implica concordarla con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, así como del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, de acuerdo a la concepción previamente propuesta.*

SÉTIMO.- *Que por consiguiente, se advierte que el Ad quem ha incurrido en la denuncia postulada en el recurso de casación materia de absolución; es decir, ha infringido el artículo 395 del Código Civil, en el entendido que no efectuó interpretación sistemática, acarreado ello la nulidad de la sentencia de vista recurrida, lo cual comportaría que esta Sala de Casación emita un fallo en sede de instancia, tal como está previsto en el artículo 396 primer párrafo del Código Procesal Civil; no obstante, es necesario que el Ad quem haga una nueva evaluación de los hechos y pruebas del proceso a la luz de la correcta interpretación antes consignada, siendo por ello justificable el reenvío excepcional, en tanto esta Sala Suprema no puede realizar tal revaloración por no corresponder a los fines de la casación determinados en el artículo 384 del Código Procesal Civil.*

OCTAVO.- *Que, finalmente, cabe agregar que en la nueva sentencia a emitirse el Ad quem deberá evaluar si es factible la revocatoria de una resolución elevada en consulta, estando a la naturaleza jurídica de la consulta.*

*Por las consideraciones expuestas y en aplicación de lo establecido por el artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Ytalo David Verástegui Valenzuela, de fojas ciento veintiocho a ciento treinta; por consiguiente, **CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento veintiuno a ciento veintiséis, de fecha veinte de diciembre de dos mil trece, expedida por la Sala Superior Mixta Descentralizada de Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica, que revoca la sentencia apelada de fojas ciento uno a ciento seis, de fecha once de octubre de dos mil trece, que declara fundada la demanda; y reformándola, la declara infundada; **ORDENARON** a la Sala de su procedencia que emita nueva resolución con arreglo a ley y a las consideraciones precedentes; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Ytalo David Verástegui Valenzuela contra Olga Yanet López Estela, sobre Impugnación de Reconocimiento de Paternidad Extramatrimonial; y los devolvieron. Ponente Señor **Miranda Molina**, Juez Supremo.-*

IV. DETERMINACIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.

28. Con la participación de los sujetos procesales, se ha determinado en calidad de puntos controvertidos los siguientes:

- Determinar si corresponde ordenar la impugnación de la paternidad contenida en el acta de nacimiento y del vínculo filial que pudiera existir entre el menor José Alexander Alva Zegarra, con relación al señor Alexander Alva Vera.
- Determinar si corresponde ordenar suprimir los datos respecto del demandado Alexander Alva Vera de los datos de padre de la partida de nacimiento del menor José Alexander Alva Zegarra.
- Determinar si entre menor José Alexander Alva Zegarra y el señor Fidel Chávez Sánchez, existe algún vínculo de filiación, a efectos de no vulnera el derecho de identidad del menor y se pueda considerar como padre dentro de la partida del menor antes indicado.

V. MEDIOS PROBATORIOS ADMITIDOS Y ACTUADOS.

29. De la parte demandante.

Se ha admitido en calidad de medios probatorios ofrecidos por la parte demandante los siguientes:

Documentales

- Acta de nacimiento José Alexander Alva Zegarra.
- Copia de la resolución N° UNO, auto admisorio sobre régimen de visitas N°531-2021-FC.
- Copia del acta de audiencia que contiene el auto final sobre ofrecimiento de pago del proceso N°165-2021-JP-FC tramitado ante el Juzgado de Paz Letrado de esta ciudad.

Pericia:

- Prueba de ADN, a realizarse al menor José Alexander Alva Zegarra y el demandado Alexander Alva Vera, así como corresponde realizarse la prueba con respecto Fidel Chávez Sánchez. Requiriéndose además toma de muestra de la madre y accionante del proceso.

30. DE LA PARTE DEMANDADA Alexander Alva Vera: Se admiten de esta parte los siguientes medios probatorios:

- Por el principio de la comunidad de la prueba ofrece los mismos ofrecidos por la parte demandante.

31. DE LA PARTE DEMANDADA Fidel Chávez Sánchez: Se admiten de esta parte los siguientes medios probatorios:

- Por el principio de la comunidad de la prueba ofrece los mismos ofrecidos por la parte demandante.

VI. VALORACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.

32. Es materia del presente proceso, verificar si procede dejar sin efecto legal el reconocimiento efectuado por el señor Alexander Alva Vera, en calidad de padre del menor José Alexander Alva Zegarra; siendo que del Acta de Nacimiento del menor José Alexander Alva Zegarra

obrante a folios, se advierte que el demandado antes mencionado conjuntamente con la señora Irma Azucena Zegarra Araujo, acudieron a la Oficina de Registro de Identificación y Estado Civil - RENIEC de la ciudad de Celendín, con el propósito de declarar el nacimiento del menor José Alexander Alva Zegarra, quien ha nacido el once de noviembre del dos mil once, siendo que los concurrentes en calidad de supuestos padres firmaron la referida acta de nacimiento, inclusive imprimiendo su huella digital en el documento que hoy es materia de cuestionamiento.

33. Son fundamentos de la parte demandante, que el hoy demandado Alexander Alva Vera no es padre del menor y que este supo desde un primer momento que no era su hijo; sin embargo, a escondidas concurrió a las Oficinas de Registro Civil y lo declaró como su hijo, por lo que luego de diez años solicita la impugnación de su paternidad porque como ha referido en sus argumentos de hecho, el hoy demandado no es el padre biológico del menor; agrega también que pese a que el demandante sabe que no es su hijo ha presentado algunas demandas sobre ofrecimiento de pago de alimentos y régimen de visitas, a pesar de que la accionante no le ha pedido nada, habiendo ofrecido en calidad de medio probatorio la toma de muestras de la prueba genética del ADN.
34. Por su parte del demandado Alexander Alva Vera, en su escrito de contestación ha manifestado que es verdad que con la demandante tuvieron un hijo dentro de la relación convivencial, y que incluso le puso su nombre Alexander por el cariño que le ha tenido, pero que no es cierto que haya registrado al menor a escondidas, y que luego de su separación cuando el menor tenía cuatro años la señora no le ha dejado ver al niño, por lo que ha concurrido a los órganos jurisdiccionales a presentad demandas de ofrecimiento de pago por alimentos y régimen de visitas.
35. Por su parte el demandado Fidel Chávez Sánchez refiere que la demandante nunca le puso en conocimiento que era el padre del menor y que además no se opone a la realización de la prueba genética de ADN.
36. A folios noventa y dos de autos obra el Acta de toma de Muestras de ADN, en la misma que se ha verificado que no ha existido ninguna observación por parte de los concurrentes, por lo que dicha diligencia tiene plena validez y no esta inmersa en ninguna causal de nulidad; así mismo se ha llevado a cabo la diligencia de apertura de sobre conteniendo los resultados de la toma de muestras, conforme el acta obrante a folios doscientos tres y doscientos cuatro, diligencia en la cual se inició poniendo a la vista de los concurrentes los sobre conteniendo las muestras a efectos de que se verifique que los sobres estén debidamente sellados y lacrados, no obteniendo ninguna observación por los sujetos procesales concurrentes, porque también dicha diligencia no adolece de causal de nulidad del acto procesal

37. Así pues se ha manifestado que se ha admitido y actuado en calidad de medio probatorio, la toma de muestras de ADN, la misma que fue realizada por el Laboratorio BIOPATERNIDAD, siendo que luego de la apertura de los sobres correspondientes y de la lectura de los resultados se ha concluido lo siguiente:

Fidel Chávez Sánchez NO PUEDE SER EXCLUIDO como padre biológico de **José Alexander Alva Zegarra**. Basándose en los resultados de los análisis obtenidos de los loci de ADN listados, la probabilidad de paternidad es de 99.99999998%. esta probabilidad de paternidad fue calculada en comparación con un individuo al azar de la población Hispana, no analizado y no relacionado (asume una probabilidad previa igual al 0.50)

Alexander Alva Vera ESTA EXCLUIDO como padre biológico de **José Alexander Alva Zegarra**. Basándose en los resultados de los análisis obtenidos de los loci de ADN listados con un índice de paternidad de 0.00. A Alexander Alva Vera le falta los marcadores genéticos que debe ser contribuidos a José Alexander Alva Zegarra por el padre biológico. La probabilidad de paternidad es de 0.00%.

38. De los resultados obtenidos se puede verificar que *el señor Alexander Vera Alva no es el padre biológico del menor José Alexander Vera Zegarra*; y de la misma manera se ha logrado acreditar que el señor **Fidel Chávez Sánchez** resulta ser el padre biológico del menor José Alexander Alva Zegarra.

39. El artículo 395° del Código Civil, el mismo que preceptúa:

Irrevocabilidad del reconocimiento

Artículo 395.- El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.

40. Se bien es cierto el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable, no menos cierto es que a lo largo del trámite del presente proceso, es la madre del menor quien ha interpuesto la demanda sobre impugnación de paternidad, con el propósito de identificar plenamente al padre biológico del menor; es válido también manifestar que la madre indujo a error al hoy demandado Alexander Vera Alva lo que evidentemente le ha causado un grave perjuicio psicológico –principalmente- por considera al menor como su verdadero hijo, siendo que la accionante no pensó en las consecuencias que ha traído su mal actuar no solamente para el demandado sino también para su hijo que a la fecha cuenta con diez año y que seguramente tiene internalizado que quien es su padre es el hoy demandado Alexander Vera Alva.

41. Como se ha señalado en jurisprudencia revisada por el Juzgador para resolver el presente proceso, *la importancia de la relación paterno-filial no solo se desprende de la indudable trascendencia que ésta tiene dentro del desarrollo del ser humano, en general, y, más específicamente, dentro del desarrollo emocional y conductual del niño, sino también porque a partir de ella nuestro ordenamiento jurídico establece el sistema de deberes y obligaciones que garantizarán, entre otras cosas, la supervivencia misma del menor*; por otro lado, se tiene

que: **UNDÉCIMO.-** *Se aprecia entonces que detrás de la regla de irrevocabilidad del reconocimiento de hijo extramatrimonial no existe un mero capricho del legislador por restringir la libertad del reconociente de desdecirse o retractarse posteriormente de su voluntad inicial, sino una meditada ponderación del legislador de los efectos que puede producir esta destrucción del vínculo jurídico de filiación sobre el desarrollo del hijo reconocido -casi siempre menor- y el impacto que la reiteración de este tipo de circunstancias tendría en la familia y la sociedad. No es necesario ahondar en las consecuencias nocivas que normalmente puede producir en un niño la extinción del vínculo paterno-filial, no solo por la continuación de la relación que pueda existir con su progenitor, sino también por el estado de desamparo en el que quedaría al ponerse término a los deberes de tutela que correspondían al padre¹.*

42. Como se ha manifestado si bien es cierto no es el padre que ha reconocido al menor quien ha presentado la demanda, no menos cierto es que a pesar de la posibilidad de un daño biopsicosocial al menor que en su oportunidad deberá saber quien es su verdadero padre, el Juzgador debe velar -pesar del daño ocasionado por su madre-, porque el menor sea reconocido por su verdadero padre, también demandado en el presente proceso, que se respecto su derecho a su **identidad**, y que ello genere en adelante su **pleno desarrollo** y a ser plenamente identificado por ser su derecho ello en atención a lo preceptuado por el artículo 2° numeral “1” de la Constitución Política del Perú², la misma que se encuentra en concordancia con el artículo 6° del Código de los Niños y Adolescentes³.
43. Es materia de probanza, que en el acto jurídico de inscripción de la partida de nacimiento del menor José Alexander Alva Zegarra, no es hijo del demandado Alexander Alva Vera, por habersele inducido a error al momento de su inscripción en los registros civiles de la ciudad de

¹ **SENTENCIA CAS. N° 1622 - 2015 AREQUIPA - Impugnación de Reconocimiento de Paternidad**

² Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, **a su identidad**, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. (subrayado y resaltado es nuestro)

³ Artículo 6.- A la identidad

6.1 **El niño, niña y el adolescente tienen derecho a la identidad**, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad.

6.2 Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal.

6.3 En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos.

6.4 Cuando un niño, niña o adolescente se encuentren involucrados como autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito o sean víctimas de los mismos, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación. La prohibición se extiende al padre, madre, tutor/a o a las personas que vivan con él/ella. Los medios de comunicación tienen la obligación de garantizar la reserva de los datos personales y cualquier información que permita identificarlos, salvo que, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, exista una autorización escrita de los padres o representantes legales, y siempre que no se atente contra su interés superior.»

Celendín, por lo que evidentemente existen vicios en la voluntad por parte del declarante, por lo que debe ampararse la demanda presentada.

44. Este despacho advierte que la demandante “habría” incurrido en un ilícito penal que “podría ser” Falsedad Ideológica, al haber inducido al demandado Alexander Alva Vera, -en su calidad de madre- a ingresar información en documentación pública registrándose como el demandado como padre del menor, **y como si la declaración fuera conforme a la verdad**, no siendo válido su argumento de que el demandado Alexander Vera Alva registrara al menor como su hijo de manera oculta (como lo ha argumentado) toda vez que del propio documento se advierte que no hay observación alguna que el reconocimiento se haya hecho en fecha diferente por parte del demandado y de la demandante; además es parecer del Juzgado que el posible delito cometido (falsedad Ideológica), para el caso, “podría” configurarse como un “**delito permanente**” toda vez que los **efectos de tal declaración** han durado hasta la fecha de la emisión de la presente sentencia, y que han generado **inclusive** que el demandado Alexander Vera Alva en su oportunidad presente demandas sobre pago de asignación de alimentos y régimen de visitas en la creencia de que el menor era su hijo biológico, ello deberá ser materia de análisis por parte del Ministerio Público, a quien se debe disponer se remitan los actuados a fin de que proceda conforme a sus atribuciones.

Respecto al pago de costos procesales.

45. Es evidente que el perjuicio en el presente proceso se ha ocasionado en la posibilidad del actuar de la demandante, quien a pesar de saber que el demandado Alexander Alva Vera al considerar que el menor José Alexander Alva Zegarra es su hijo, y además respecto del demandado Fidel Chávez Sánchez por no saber sobre la existencia del menor y no pudo oportunamente ejercer sus derechos como padre -si hubiese sido el caso-, por lo que a criterio de este Despacho debe exonerarse del pagos de costas y costos procesales a favor de los demandados, dejando a salvo el derecho de estos a accionar si es que consideran que se les ha ocasionado algún daño patrimonial o extra patrimonial.

VII. **DECISIÓN.**

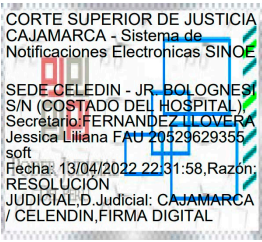
46. Estando a los considerandos expuestos y de conformidad con lo prescrito en el artículo 2° numeral “1” de la Constitución Política del Perú, artículo 6° del Código de los Niños y Adolescentes, artículo 201° del Código Civil, administrando justicia a nombre de la Nación, el Juzgado Mixto de Bolívar, quien realiza Itinerancia en Apoyo al Juzgado Civil de la provincia de Celendín, ambos pertenecientes al Distrito Judicial de Cajamarca.

FALLO:

1. **DECLARANDO** fundada en parte la demanda presentada por **IRMA AZUCENA ZEGARRA ARAUJO** sobre **IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD** seguido contra **ALEXANDER ALVA VERA** y **FIDEL CHAVEZ SANCHEZ**; en consecuencia:
2. **DECLARAR LA NULIDAD** del **ACTA DE NACIMIENTO CUI N° 69770992**, perteneciente a la persona (menor) de José Alexander Alva Zegarra, nacido el once de noviembre del dos mil once, en el Distrito y Provincia de Celendín, Departamento de Cajamarca; en el extremo que tiene registrado como padre de la referida menor al señor **Alexander Alva Vera**, debiendo suprimirse de dicha acta el nombre de la referida persona.
3. **RESPETAR EL DERECHO A LA IDENTIDAD** del menor José Alexander Vera Zegarra, debiendo la menor continuar usando los apellidos que fueron consignados en su inscripción,
4. **HACER** saber a los sujetos procesales que entre menor **José Alexander Alva Zegarra** y el señor **Fidel Chávez Sánchez**, *existe algún vínculo de filiación*, por lo que deberá ser registrado en calidad de padre del menor, con el único propósito de no vulnerar el derecho a la identidad que le asiste.
5. **REMITIR** copias de los actuados a la Fiscalía Penal de Turno a fin de que proceda conforme sus atribuciones, tomando en cuenta lo expresado en el fundamento 44 de la presente sentencia.
6. **CONSENTIDA o EJECUTORIADA** que sea la presente, remítase los partes correspondientes a la OFICINA DEL REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACIÓN Y ESTADO CIVIL – RENIEC, a fin de que cumpla con el presente mandato. Notifíquese.

JUZGADO CIVIL - CELEDIN

EXPEDIENTE : 00531-2021-0-0603-JR-FC-01
MATERIA : REGIMEN DE VISITAS
JUEZ : CASTAÑEDA SÁNCHEZ MAGALY JANNETH
ESPECIALISTA : FERNANDEZ LLOVERA JESSICA LILIANA
DEMANDADO : ZEGARRA ARAUJO, IRMA AZUCENA
DEMANDANTE : ALVA VERA, ALEXANDER



ACTA DE AUDIENCIA UNICA

En Celendín, siendo las 10:00 de la mañana del día 13 de marzo del 2022, presentes en la Sala de Audiencias Virtual de GOOGLE MEET del Juzgado Civil de Celendín sito en la Avenida Túpac Amaru cuadra cinco de esta ciudad; comparecieron ante este Juzgado que despacha la Señora **Juez Magaly Janneth Castañeda Sánchez**, asistida por la secretaria que autoriza: demandante **Alexander Alva Vera**, con DNI 10276524, domiciliado en Jr. Ayacucho N°642- Celendín, con celular 976712791, acompañado por el doctor Edwin Jorge Chávez Velázquez con registro del colegio de abogados de Cajamarca N°804, con domicilio procesal en el Jr. Junín N° 861, casilla electrónica N°66901, **Sin la concurrencia de la demandada Irma Azucena Zegarra Araujo**, pese a estar válidamente notificada, precisando su abogado que la misma que no se ha hecho presente por cuanto según su abogado defensor se encontraría en lugar donde no hay acceso a internet pero sí de su abogado Euler Hoyos Pompa con registro del N° ICAC 2367, con domicilio procesal en el Jr. Junín N°636 casilla electrónica N°66860, con teléfono N°954438040; interviniendo el Ministerio Público- Fiscalía Provincial Civil y Familia de Celendín, con domicilio procesal en el Jr. Ayacucho N° 387 y casilla electrónica 70014, con el objeto de llevarse a cabo la Audiencia, en los términos siguientes: -----

RESOLUCIÓN NÚMERO CUATRO:

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO:

PRIMERO: Teniendo en cuenta que en el acto de acreditación el demandante ha sostenido que solicita la subrogación de la abogada que suscribió el escrito de demanda, y que nombra como su abogado defensor al letrado que lo acompaña en la presente audiencia.

SEGUNDO: Que habiéndose verificado en audiencia la voluntad del demandante de subrogar a su anterior abogada, corresponde en virtud de lo establecido en el artículo 74° y 80° del Código Procesal Civil acceder a lo peticionado por estar relacionado a su derecho de acción. Por tanto, **SE RESUELVE: SUBROGAR** a la abogada que suscribió el escrito de demanda y **NOMBRAR** como abogado del demandante al letrado Jorge Chávez, a quien se le confiere las facultades de representación, así mismo TENER por

señalada la casilla electrónica de dicho letrado y demás datos manifestados en el exordio de la presente en lo correspondiente a la acreditación, notificándose en adelante a dicha casilla electrónica a fin de evitar nulidades posteriores.

I. INSTALACIÓN DE LA AUDIENCIA: La Señora Juez consulta a las partes asistentes si tienen alguna observación a la instalación de la misma, quienes no tienen observación alguna. Por lo que, se DECLARA VÁLIDAMENTE INSTALADA la audiencia.

II. JURAMENTO: La Señora Juez de acuerdo con la fórmula legal respectiva, procedió a tomar el juramento de ley a las partes presentes, quienes “juraron decir la verdad en lo que fuere necesario”.

III. AUTO DE SANEAMIENTO:

RESOLUCIÓN NÚMERO CINCO.-

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO:

PRIMERO: El saneamiento procesal es el segundo filtro del que se vale el Juzgador, a fin de revisar la existencia de los requisitos o presupuestos procesales y las condiciones de la acción, decidiendo la legitimidad de la relación procesal a fin que se emita una sentencia válida sobre el fondo del asunto; por otro lado debe igualmente establecerse las condiciones de capacidad de las partes procesales como los presupuestos de competencia y jurisdicción del ente Jurisdiccional;

SEGUNDO: En este orden de ideas y revisado el escrito de demanda, se determina que cuenta con los requisitos de admisibilidad y procedibilidad; advirtiéndose también la capacidad de la parte para concurrir a proceso; lo que aunado a los presupuestos de competencia y jurisdicción del Órgano Jurisdiccional hacen ver que nos hallamos ante una relación jurídico procesal válida.

TERCERO: Respecto a la contestación de la demanda se advierte que fue admitida mediante resolución número tres, sin haber formulado defensas previas, excepciones, cuestiones probatorias u otros, por lo que de conformidad con el artículo 172° del CNA y 465° del Código Procesal Civil; **SE RESUELVE:** Declarar **SANEADO** el presente proceso por la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes.

En este acto se notifica con la presente, a las partes intervinientes

Indicando que no tiene observación alguna.

IV. CONCILIACION

En este estado se declara frustrada dicha etapa, por la inasistencia de la parte demandada.

V. FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Se fijan como puntos controvertidos y que han de ser materia de prueba los siguientes:

- a). Determinar si corresponde establecer un régimen de visitas con externamiento a favor del demandante, a efectos de que visite a su menor hijo José Alexander Alva Zegarra los siguientes días:
- ✓ Lunes y miércoles de tres de la tarde a siete de la noche.
 - ✓ Viernes desde las tres de la tarde hasta el domingo a las siete de la noche.
- b). Determinar si el demandante y el menor reúnen las condiciones necesarias para un régimen de visitas con externamiento.

VI. ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

DE LA DEMANDANTE: Se admiten y actúan las siguientes:

- Documentales:

- a. Acta de nacimiento del menor José Alexander Alva Zegarra.
- b. Copia de Acta de Audiencia y Auto Final, emitido en el proceso por consignación seguido entre las mismas partes procesales, signado con el número de expediente 165-2021-0-0603-JP-FC-01.

DE LA PARTE DEMANDADA: Se admiten y actúan las siguientes:

- Documentales:

- a. Copia de Acta de Audiencia del proceso por consignación seguido entre las mismas partes procesales, signado con el número de expediente 165-2021-0-0603-JP-FC-01.

PRUEBA DE OFICIO: En mérito a lo establecido en el artículo 174° y 175° del CNA y del artículo 194° del CPC, se admiten los siguientes:

- a. Evaluación psicológica del demandante y del menor, debiéndose **OFICIAR** al equipo multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca para que proceda con tal fin.
- b. Principales actuados del expediente judicial 602-2021-0-0603-JR-FC-01, sobre impugnación de paternidad, seguido por las mismas partes procesales, y tramitado ante este mismo Despacho. **AGRÉGUESE** copia certificada del auto admisorio, y posteriormente el acta de audiencia de pruebas (que según lo manifestado por el abogado de la demandada está señalada para los primeros días de mayo de 2022) y resultados de ADN.

Las partes procesales en este acto manifiestan su conformidad.

VII. OPINION DEL MENOR:

Se llevará a cabo en la próxima sesión de audiencia, dado que cuenta con diez años de edad y es importante conocer lo que piensa al respecto. **Audiencia que se fijará una vez que se cuenten con las pruebas admitidas de oficio**, que serán actuadas en la misma audiencia.

Con lo que terminó la presente audiencia, cerrándose la grabación de audio y video.

Razón



Señora juez

Doy cuenta a usted con el presente proceso, el cual se ha fijado fecha de audiencia, para el día de hoy 29 de diciembre del 2022, a horas 10:00 de la mañana, la misma que no se realizó, por cuanto ninguna de las partes procesales se hicieron presentes en la plataforma virtual, pese a estar válidamente notificadas, es todo cuanto puedo informar, para los fines de ley.

Celendín 29 de diciembre del 2022.

JUZGADO MIXTO DE BOLÍVAR - ITINERA A CELEDÍN

EXPEDIENTE : 00531-2021-0-0603-JR-FC-01
MATERIA : REGIMEN DE VISITAS
JUEZ : HUAMAN SILVA JOSE LUIS
ESPECIALISTA : FERNANDEZ LLOVERA JESSICA LILIANA
FISCALIA : FISCALIA CIVIL Y FAMILIA DE CELEDIN
MENOR : ALVA ZEGARRA, JOSE ALEXANDER
DEMANDADO : ZEGARRA ARAUJO, IRMA AZUCENA
DEMANDANTE : ALVA VERA, ALEXANDER

RESOLUCION NÚMERO DOCE.

Celendín, veintinueve de diciembre del año dos mil veintidós.-

AUTOS Y VISTOS.- Dado cuenta, con la razón de la secretaria judicial que antecede; **AGRÉGUESE** a los autos, así mismo: **TÉNGASE** Presente lo informado; y

I.- CONSIDERANDO:

ÚNICO.- Mediante resolución número ONCE, de fecha 02 de noviembre del 2022, se programó fecha para que tenga lugar la Audiencia a fin de escuchar la opinión del menor, para el día 29 de diciembre del 2022, a las 10:00 horas de la mañana, en la plataforma del Google Meet, precisando en dicha resolución el enlace respectivo, con la concurrencia obligatoria de las partes procesales; bajo apercibimiento de llevarse a cabo con la parte que concurra, y en caso de inasistencia de ambas partes procesales de darse por concluido el presente proceso, esto es, de conformidad con el artículo 203° del Código Procesal Civil; sin que haya concurrido a la audiencia ninguna de las partes procesales, conforme a la razón que deja la secretaria judicial; por lo que, al tratarse de un proceso de régimen de visitas, de actividad probatoria, donde la carga es exclusiva de las partes procesales, su concurrencia resulta imprescindible, en tal sentido, al no haber concurrido las partes procesales, pese a encontrarse válidamente notificadas conforme se advierte de los cargos de entrega de cédulas de notificación electrónica que obran en autos de folios 99, corresponde hacer efectivo el apercibimiento decretado en la precitada resolución.

Por estas consideraciones y de conformidad con el artículo citado precedentemente.

II.- SE RESUELVE:

- 1. DAR POR CONCLUIDO** el presente proceso seguido por **Alexander Alva Vera** contra **Irma Azucena Zegarra Araujo**, sobre **Régimen de Visitas**; por incomparecencia de ambas partes procesales a la audiencia, de conformidad con el artículo 203° del Código Procesal Civil. Consentida o Ejecutoriada que fuera la presente resolución: **ARCHÍVESE DEFINITIVAMENTE** los autos en el modo y forma de Ley.
- 2. DESGLÓSESE** y **ENTRÉGUENSE** los anexos a las partes procesales, dejándose copia certificada en su lugar y constancia en autos de su entrega.
- 3. NOTIFÍQUESE.-**

21/09/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S) : **A N**
ADV.(A/S) : **RODRIGO FERNANDES PEREIRA E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **F G**
ADV.(A/S) : **EDUARDO DE MELLO E SOUZA E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **ASSOCIACAO DE DIREITO DE FAMILIA E DAS
SUCESSOES - ADFAS**
ADV.(A/S) : **REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA -
IBDFAM**
ADV.(A/S) : **MARIA BERENICE DIAS E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **RONNER BOTELHO SOARES**
ADV.(A/S) : **RICARDO LUCAS CALDERÓN**

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART.

RE 898060 / SC

226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

1. O questionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem.

2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo.

3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.

4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos *a priori* pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).

5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana.

6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos

RE 898060 / SC

cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.

7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.

8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º).

9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade.

11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.

12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar

RE 898060 / SC

situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*).

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina.

15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “*A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios*”.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do

RE 898060 / SC

Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 622 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário, vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin e Teori Zavascki. Prosseguindo, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: *“A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”*, vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio.

Brasília, 29 de setembro de 2016.

LUIZ FUX - RELATOR

Documento assinado digitalmente

22/09/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, o eminente Ministro Marco Aurélio fez referência à tese vencida. Como fui quem articulou essa tese que efetivamente restou vencida, entendo que ela não é a tese proposta pelo eminente Ministro Luiz Fux. A tese vencida suscitava, neste caso, a prevalência da paternidade socioafetiva. O eminente Ministro Marco Aurélio, coerente como sempre, suscitou a prevalência do liame biológico. Portanto, temos aqui a distinção clara das duas teses, à qual agora aderiu o Ministro Toffoli na fundamentação, embora voltando aos argumentos de acolher parcialmente a tese do Ministro Fux. E a tese do Ministro Fux está no voto dele.

Leio a página 21:

É juridicamente admitida a cumulação - a cumulação - de vínculos de filiação derivados da afetividade e da consanguinidade.

Está na página 22:

É de rigor o reconhecimento da dupla paternidade.

Recordo-me ontem: o Ministro Gilmar fez referência à dupla paternidade, a Ministra Rosa, o Ministro Lewandowski e a Ministra-Presidente também. Portanto, creio que isso já se colocou dessa maneira.

E reitero o meu voto favorável integralmente à tese do Ministro Fux, nesse quadrante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, tranquiliza-me o quadro. Por que me tranquiliza o quadro? O que se executa? A tese do Tribunal ou o dispositivo do acórdão?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O dispositivo.

RE 898060 / SC

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O dispositivo do acórdão. Há um título judicial, mantido hígido caso proclamado o desprovimento do recurso, determinada a retificação do registro para excluir o nome do pai afetivo e, em substituição, lançar-se o do pai biológico.

A tese deve refletir o julgamento. Se, de um lado, desprovemos o recurso, mantendo a retificação, não podemos, no tocante à tese, lançar algo que não formou a corrente majoritária, ou seja, a concomitância. Esta concomitância pode ficar no voto como opinião do Relator ou de outros Colegas. Desprovimento é não reformar a decisão impugnada mediante o recurso. E o pronunciamento mantido mostra-se explícito quanto à retificação e substituição.

Presidente, se o Colegiado evoluir para prover o recurso, mantenho o desprovimento!

22/09/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhora Presidente, só farei duas observações mínimas.

Eu citaria aqui talvez duas dezenas de casos em que, em repercussão geral, fixa-se uma tese levando-se em consideração o processo subjetivo e, depois, decide-se o caso concreto. Quantas vezes aqui nós já decidimos, até em matéria penal, desfavoravelmente ao réu, mas, no *habeas corpus*, concedemos. Isso faz parte dessa nova metodologia de objetivação do recurso extraordinário. Há uma parte objetiva e uma parte subjetiva. Todos os acórdãos mencionam isso; há uma tese, que é a tese que tinha de ser enfrentada, e a solução do caso concreto. Então, com a devida vênia, essa premissa não me impressiona.

Em segundo lugar, rapidamente, a verdade é que nós nos defrontamos com uma arguição no recurso extraordinário, e é o que foi afetado na repercussão geral, sobre o fato de que o recorrente se opunha ao reconhecimento da paternidade biológica, e já havia a paternidade socioafetiva. Então, havia um confronto. O que o Tribunal decidiu? Que uma coisa não inibe a outra. Qual é a minha tese?

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público - no caso, essa era declarada; porque também nós reconhecemos a afetividade como um fato gerador de filiação -, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências jurídicas.

Por que vêm as consequências jurídicas na filiação baseada na origem biológica? Porque - Vossa Excelência chamou atenção e eu também enfatizei - a filiação baseada na origem biológica gera aqueles direitos civis, a que Vossa Excelência se refere, de natureza patrimonial e extrapatrimonial.

Então, o que eu pediria a Vossa Excelência seria basicamente o seguinte - julgamos ontem, foi um belo debate, mas acabou -: que

RE 898060 / SC

encaminhasse a tese e pusesse em votação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Houve a proclamação. Estou tomando os votos exatamente por isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Nem quero cometer a indelicadeza de dizer...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Agora nós estamos votando é a tese mesmo.

22/09/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, a impressão que eu tenho, haurida os debates de ontem, é a de que a tese central foi sobre a possibilidade, reconhecida pelo Tribunal, da coexistência da dupla paternidade: a socioafetiva de um lado; e, de outro, a biológica. Então, a meu ver, essa coexistência pode ser concomitante, posterior ou anterior. Isso não importa para mim.

De outra parte, também, eu vejo o seguinte: a realidade fática é multifacetada. A paternidade biológica ou socioafetiva - o parentesco - não precisa, *data venia*, ser necessariamente formalizada; portanto, independe de registro. Então, se ela é reconhecida anteriormente, posteriormente ou concomitantemente, registrada ou não, pouco importa. Nós decidimos aqui que é possível a coexistência dessa dupla paternidade ou desse duplo parentesco.

Portanto, com o devido respeito por quem diverge, eu acolho integralmente a tese apresentada pelo eminente Relator Luiz Fux.

22/09/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu reitero o que já tinha dito ontem quanto à possibilidade de acumulação. Fico atento à observação do ministro Marco Aurélio, mas peço vênia para discordar.

Tenho a impressão de que temos de dar um passo adiante no que diz respeito à construção da repercussão geral. Por quê? Porque, de fato, no tema colocado - certamente há outros casos e vimos a configuração fática ontem do próprio recurso que foi desprovido -, é evidente que, implícita ou explicitamente, pede-se para que se defina como convivem. Tanto é que tivemos diversas manifestações da tribuna, *amici curiae* e tudo mais, porque, na repercussão geral - até vou usar uma expressão que nossos amigos portugueses utilizam, referindo-se ao sistema americano de controle incidental: *judicial review* -, o tal *case* é um pretexto para que se discuta o tema. O que o Relator propõe, a partir do caso da repercussão geral, é fazer um construto que dê resposta.

Entendo a posição quanto à parte dispositiva; mas, a mim, parece-me que devemos ter essa apreensão, sob pena de termos, a toda hora, novos casos. Quer dizer, o propósito aqui é de uma racionalização. Não se trata de nada abusivo.

Há um dado do qual não se pode fugir. Acho que isso o CPC novo reforçou: a rigor, a objetivação do recurso extraordinário, gostemos ou não.

Então, acho que esse é um debate importante - e até agradeço a menção que Sua Excelência fez - para que se possa assentar. Não podemos ficar restritos apenas ao caso em sua forma dogmática, temos de

RE 898060 / SC

vê-lo nesse sentido ampliado.

O que o ministro Fux disse ontem, e concordei - acredito que a maioria encaminhou-se nesse sentido -, é que, no caso específico, poderiam conviver as duas situações, mas, para efeitos processuais, tinha-se cancelado aquele primeiro registro e colocado o decorrente do fato biológico. Mas Sua Excelência também disse que, no futuro, se quiser, pode-se restabelecer, para deixar, portanto, aberta a possibilidade e, é claro, a possibilidade da convivência, da simultaneidade.

Então, a mim, me parece que não há nenhum exagero no que se está a fazer e referendo as posições que já tinha esposado ontem nesse sentido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E vota, portanto, pela tese como posta pelo Ministro Luiz Fux.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas gostaria de ressaltar que temos - a meu ver, é sempre uma opinião, claro - que, em se tratando de repercussão geral, tem que se ter... Quer dizer, as perguntas que foram colocadas, de alguma forma e a própria presença do *amicus curiae*, contribuem para que possamos dar resposta nesse quadro de objetivação.

22/09/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Continuarei ortodoxo nesta época de crise, guardando princípios e valores.

Qual é o sistema pátrio: *civil law* ou *common law*? Não consigo transformar um processo subjetivo, como é o revelador de uma ação de investigação de paternidade cumulada com a retificação de registro, no registro das pessoas naturais, e também com pensão, em processo objetivo.

Mas o que se tem é um descompasso flagrante, porque o recurso extraordinário faz-se voltado contra certo acórdão. O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina é muito claro ao versar a retificação do registro, que constava com o nome, como pai biológico, de determinado cidadão que se demonstrou, no curso do processo, que não o seria. Anoto que teria, portanto, resultado de um erro substancial. Houve a interposição de recurso, pelo pai biológico, o qual foi desprovido. O pai biológico não pediu para ombrear com o pai afetivo, no que consignado no registro. Estaremos decidindo fora do pedido. O recorrente reconhece ser o pai biológico. Apenas busca – foi quando disse que a parte mais sensível do corpo humano não é o cérebro nem o coração, mas o bolso – fugir das consequências jurídicas do reconhecimento dessa paternidade, como se – e ressaltou o ministro Gilmar Mendes – a paternidade pudesse ser irresponsável. O Texto Constitucional refere-se à paternidade responsável.

A tese a se elaborar deve refletir a conclusão do julgamento. De duas uma: ou provemos o recurso para afastar a retificação ou para moldar a retificação à concomitância do lançamento do nome do pai afetivo, e do biológico, ou mantemos o desprovidimento de ontem, sem alterar a parte dispositiva do acórdão impugnado.

Permaneço com a convicção de que pai é pai: é pai biológico, de início, a menos que se trate de adoção, quando se tem regência toda própria. Como no caso houve um erro quanto ao consignado no registro

RE 898060 / SC

de nascimento da autora, o qual deve ser afastado, lançando-se o nome do pai biológico.

Por isso, retiro da tese – e fico muito contente de ter havido evolução relativamente à proposta inicial, no que se afastou a exceção aberta – o vocábulo "concomitante".

22/09/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA

V O T O
(s/ proposta)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia, Senhora Presidente, para acolher a tese formulada pelo eminente Relator.

É o meu voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : A N

ADV.(A/S) : Rodrigo Fernandes Pereira (sc008328/) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : F G

ADV.(A/S) : EDUARDO DE MELLO E SOUZA (166318/RJ, 11073/SC) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO DE DIREITO DE FAMILIA E DAS SUCESSOES -
ADFAS

ADV.(A/S) : REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA (0060415/SP, 60415/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM

ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (74024/RS, 74024/RS) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : RONNER BOTELHO SOARES (117094/MG)

ADV.(A/S) : RICARDO LUCAS CALDERÓN (0025654/PR, 0025654/PR)

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 622 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin e Teori Zavascki. O Tribunal deliberou fixar a tese na próxima assentada. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, participando do encontro de juízes de Supremas Cortes, denominado *Global Constitutionalism Seminar*, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Falaram: pelo recorrente a Dra. Deborah de Oliveira Figueiredo; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, o Dr. Ricardo Lucas Calderón, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 21.09.2016.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios", vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, participando do encontro de juízes de Supremas Cortes, denominado *Global Constitutionalism Seminar*, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 22.09.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber,

Teori Zavascki e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário