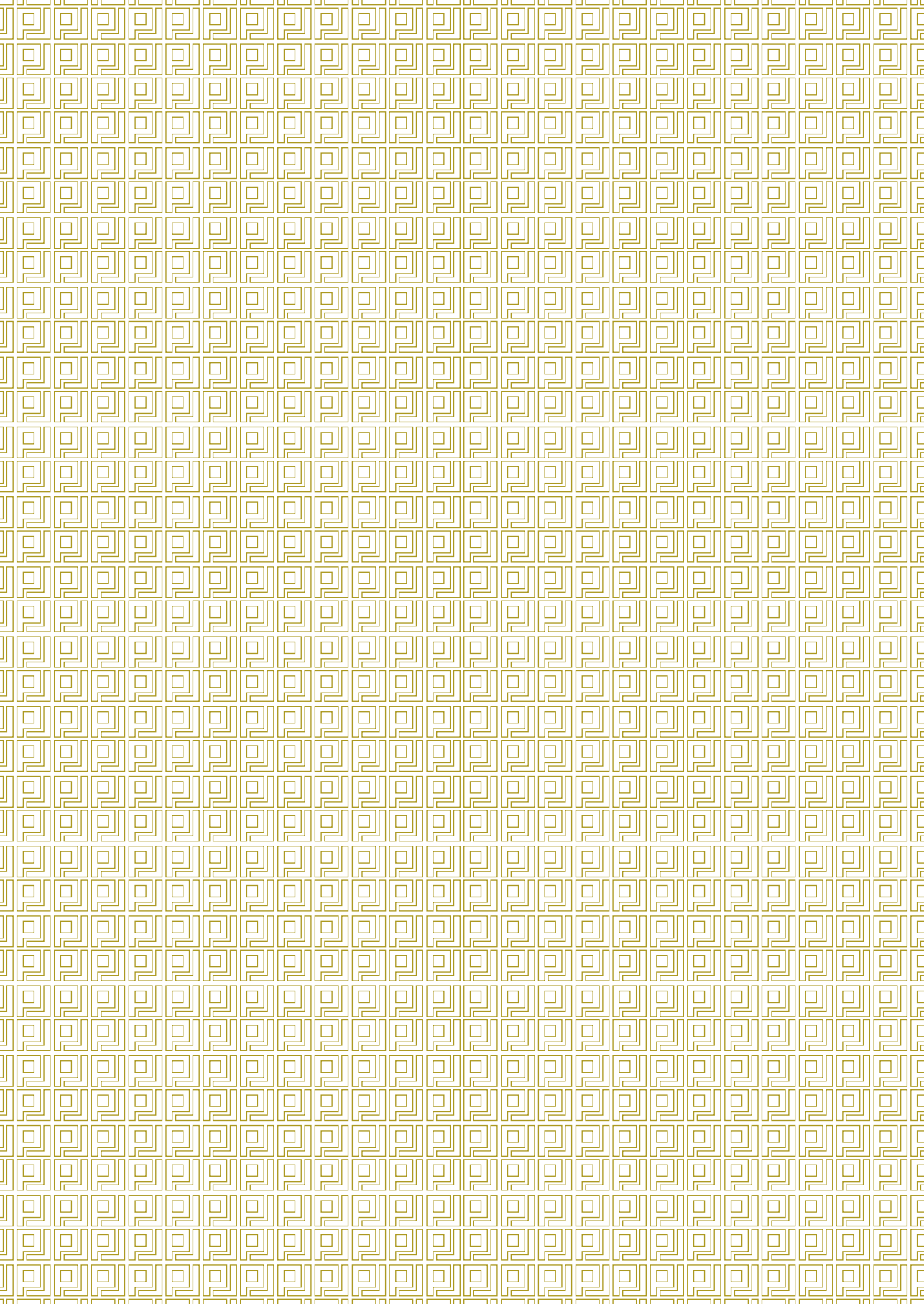
35 años de la Convención sobre los Derechos del Niño

Janet Tello Gilardi
Carlos Calderón Puertas
(compiladores)

Poder Judicial del Perú

Comisión Permanente
Acceso a la Justicia
de Personas en Condición de Vulnerabilidad
y Justicia en tu Comunidad



35 años de la Convención sobre los Derechos del Niño

35 años de la Convención sobre los Derechos del Niño

Janet Tello Gilardi
Carlos Alberto Calderón Puertas
(compiladores)

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

COMISIÓN PERMANENTE
Acceso a la Justicia
de Personas en Condición de Vulnerabilidad
y Justicia en tu Comunidad

35 años de la Convención sobre los Derechos del Niño
Janet Tello Gilardi y Carlos Alberto Calderón Puertas (compiladores)
1.ª ed. Lima: Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad/Poder Judicial del Perú, 2024.
482 pp., 17 x 24 cm

35 años de la Convención sobre los Derechos del Niño

Janet Tello Gilardi y Carlos Alberto Calderón Puertas (compiladores)

© Poder Judicial del Perú
Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad

Comisión Permanente
Presidenta: Janet Tello Gilardi
Vicepresidente: Carlos Calderón Puertas
Integrantes: Elvira Álvarez Olazábal, Maruja Hermoza Castro y Sara Gaspar Pacheco
Coordinador de la publicación: William Homer Fernández Espinoza

© Poder Judicial del Perú, Fondo Editorial, 2024
Avenida Paseo de la República s/n Palacio de Justicia
Cercado de Lima, Lima, Perú
Teléfono: (511) 410-1010

Editor: Humberto Luis Cuno Cruz
Coordinador: Robert Cáceres Martínez
Correctora de textos: Valeria Nicole Saavedra Arroyo
Diagramadora: Ruth Espinoza Torrejón

Primera edición electrónica: diciembre de 2024

Libro electrónico disponible en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fondoeditorial/s_fondoe/as_colecciones/as_derecho_accesoalajusticia

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2024-13147
ISBN: 978-612-4484-60-5

Se terminó de producir digitalmente en diciembre de 2024
en el Poder Judicial del Perú.

35 años de la Convención sobre los Derechos del Niño © 2024 by Poder Judicial del Perú is licensed under CC BY 4.0

Índice

9 Presentación
Janet Tello Gilardi

13 Autonomía progresiva del niño en el ámbito patrimonial
Ángel Serrano de Nicolás

67 Derechos Humanos de niñas, niños y adolescentes: de lo declarativo a la garantía efectiva
Amelia de los Milagros López

89 La Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Agenda 2030: conexiones y sinergias
Inmaculada Vivas Tesón

121 Autonomía y protección a niñas, niños y adolescentes
Joaquín Mayta Valenzuela y Gianella Llatas Corro

149 La solución al conflicto entre las facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos: ¿biparentalidad o multiparentalidad?
Alex F. Plácido V.

257 Avances y desafíos sobre la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes: a 35 años de la Convención sobre los Derechos del Niño
Graciela Tagle de Ferreyra

291 Obligación alimentaria y derechos humanos de niños, niñas y adolescentes desde una visión contemporánea del derecho argentino
Marisa Herrera

337 El interés superior del niño y la protección constitucional de las personas intersex: la importancia de prohibir las intervenciones quirúrgicas mutilantes en bebés intersex
Paula Siverino Bavio

383 Niños, niñas y adolescentes con autonomía progresiva y responsabilidad parental
Aída Kemelmajer

415 Los derechos de los NNA con discapacidad: alcances para un protocolo de atención fiscal en los delitos sexuales
Ana María Chávez Matos

433 Transformación de la justicia penal juvenil en Centroamérica: de objeto de protección a sujeto de derecho
Sergio J. Cuarezma Terán y Diego Cuarezma Zapata

455 El proceso judicial de autorización de viaje del niño al extranjero, atendiendo a su interés superior
Jorge Johan Pariasca Martínez

473 Datos de los autores

Presentación

La Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad tiene el honor de presentar este libro conmemorativo por los 35 años de la Convención sobre los Derechos del Niño, un tratado fundamental para la promoción y protección de los derechos de la infancia a nivel global, la cual ha sido ratificada por el Estado peruano en 1990, junto con otros 196 países. Esta convención representa un compromiso global y nacional con el bienestar, desarrollo integral y dignidad de niñas, niños y adolescentes, constituyéndose en un pilar esencial para la formulación de políticas públicas y acciones orientadas a las nuevas generaciones.

Esta obra reúne valiosas contribuciones académicas de destacados especialistas internacionales y nacionales, quienes abordan diversas dimensiones de los derechos de la niñez desde una perspectiva interdisciplinaria y comparada. El profesor Ángel Serrano de Nicolás, de la Universidad Pompeu Fabra (España), desarrolla el tema de la autonomía progresiva del niño en el ámbito patrimonial. Por su parte, la catedrática Inmaculada Vivas Tesón, de la Universidad de Sevilla (España), ofrece un análisis sobre las conexiones y sinergias entre la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Agenda 2030 de las Naciones Unidas.

Desde Argentina, la defensora de los derechos de niñas, niños y adolescentes de la provincia de Córdoba, Amelia de los Milagros López, examina los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes,

transitando del plano declarativo a la garantía efectiva. Asimismo, la profesora Marisa Herrera, de la Universidad de Buenos Aires, reflexiona sobre la obligación alimentaria y los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes desde una visión contemporánea del derecho argentino.

También, desde Argentina, la profesora Aída Kemelmajer analiza la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en relación con la responsabilidad parental. Y, desde la perspectiva peruana, la profesora Paula Siverino Bavio aborda el interés superior del niño y la protección constitucional de las personas intersex.

Asimismo, la magistrada argentina Graciela Tagle de Ferreyra reflexiona sobre los avances y desafíos en la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes tras 35 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. Desde Nicaragua, el profesor Sergio J. Cuarezma Terán, del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, analiza la transformación de la justicia penal juvenil en Centroamérica, desde un enfoque de protección hacia el reconocimiento como sujetos de derecho.

En el ámbito nacional, el profesor Alex Plácido Vilcachagua, de la Universidad del Pacífico, profundiza en la solución al conflicto entre las facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos: ¿biparentalidad o multiparentalidad? Los investigadores Joaquín Mayta Valenzuela y Gianella Llatas Corro, del Centro de Desarrollo y Asesoría Psicosocial (CEDAPP), examinan la autonomía y protección de niñas, niños y adolescentes.

Además, el juez de familia Jorge Pariasca Martínez, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, expone sobre el proceso judicial de autorización de viaje de niñas y niños al extranjero, atendiendo a su interés superior. Finalmente, la fiscal superior Ana María Chávez Matos, del Distrito Fiscal de Huánuco, analiza los derechos de niñas, niños y adolescentes con discapacidad y los alcances para un protocolo de atención fiscal en delitos sexuales.

Expreso mi profundo agradecimiento a las autoras y autores de esta obra, cuyos aportes académicos destacan por su rigor, especialización y relevancia para la protección de los derechos humanos y el

acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, con especial énfasis en niñas, niños y adolescentes.

Por ello, invito a todas y a todos a explorar este libro y a profundizar sus conocimientos en el marco de esta significativa conmemoración, reafirmando nuestro compromiso con la promoción y defensa de los derechos de la niñez.

Lima, diciembre de 2024

Janet Tello Gilardi
Jueza suprema titular
Presidenta de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad
Poder Judicial del Perú

Autonomía progresiva del niño en el ámbito patrimonial

Ángel Serrano de Nicolás
Universidad Pompeu Fabra, España
angel.serrano@upf.edu

1. Preliminar: hitos legales básicos en el avance de la autonomía patrimonial del niño

Cuestión básica e inicial es determinar qué se entiende por «niño» a partir del lenguaje jurídico, puesto que —históricamente— se ha distinguido entre menor de edad, emancipado (dieciséis años) y mayor de edad (dieciocho años) como los únicos estados civiles admitidos en relación con la edad, siendo cuestión de orden público (por lo que no pueden crearse otros, ni modificar la edad para alcanzarlos) y la emancipación el único inscribible (Ley 20/2011, artículo 4.6.), pues los otros no requieren de ningún acto formal, dado que resultan del mero transcurso del tiempo. En los tres, lo definitorio no es tanto tener una edad concreta, sino estar en ese concreto estado civil; es decir, es la pertenencia a un concreto estado civil lo que permite celebrar, otorgar o perfeccionar valida y eficazmente ciertos negocios jurídicos, sean o no patrimoniales (Código de Leyes Civiles de Cataluña —en adelante CCCat—, artículo 421-17.1, que al referirse al otorgante del testamento ológrafo habla de estados civiles y no de edades concretas, señalados como «los mayores de edad y los menores emancipados»; también, Código Civil español —en adelante CC—, artículo 688.1, que al referirse al testamento ológrafo señala que solo se otorga a los mayores de edad).

Que lo relevante sea el estado civil (menor de edad, emancipado y mayor de edad) y no la edad concreta —aunque a ella se le vincule

el estado civil— es lo que justifica, para Díez-Picazo y Morales (1973), que solo a horas para tener el estado civil de mayor edad, se seguirá siendo menor o niño y será por este estado civil, de menor edad, por el que deben regirse sus actos dispositivos.

Conviene precisar que por «niño», en la Convención de los Derechos del Niño (art. 1), se entiende que es el menor de dieciocho años, aunque en el hablar popular —y en el mismo Diccionario de la lengua española (DLE)— se reserva para las personas de corta edad, lo que no puede predicarse del emancipado que requiere tener los dieciséis años (Código Civil, artículo 241), ni menos del que ya —con sus casi dieciocho años— bordea la mayoría de edad. En todo caso, la edad en sí —y aunque no sea determinante de un estado civil— siempre es relevante; por ello, sin fijar ninguna edad concreta, el artículo 154, penúltimo inciso, del Código Civil, obliga a escucharlos cuando tengan «suficiente madurez», en lo concerniente a decisiones que les afecten, entre las que sin duda están las patrimoniales, pues se señala como función de la patria potestad «2.º Representar y administrar sus bienes» (Código Civil, artículo 154) y, además, se impone que deberán ser oídos (Toral, 2020, p.192) «en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario» (Código Civil, artículo 154). Fuera ya del ámbito patrimonial, el artículo 156, segundo párrafo, del Código Civil, se refiere a la asistencia psicológica —en supuestos concretos, que por no ser de ámbito patrimonial se omiten— que cuando sean mayores de dieciséis años tendrá que ser con su consentimiento un tratamiento genérico de la autonomía del menor, incluso de los derechos de la personalidad (Santos, 2011, pp. 63-68).

Hecha esta breve ubicación del niño, y por afectar directamente a la situación actual del niño o menor de edad en el Derecho positivo español, se tienen que reseñar los principales hitos que ha sufrido la legislación española, fruto —en gran medida— de relevantes influencias doctrinales, así, singularmente, De Castro (1968, pp. 231-233), ya propugnó, antes de reformarse el CC, que la legislación entonces vigente no podía interpretarse como se venía haciendo, es decir,

asimilándolo al discapacitado, en el sentido de que el menor de edad solo podía hacer lo que expresamente se le permitía, sino que debía partirse de que era capaz para todo, salvo para lo que le estuviese expresamente prohibido y, además, como norma de excepción y prohibitiva debía interpretarse restrictivamente, lo que supuso un cambio radical en su ámbito patrimonial de actuación. Esta concepción o enfoque es el que reconoció, finalmente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como proclama su Exposición de Motivos, al decir que:

> [se] reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo xx, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

Y lo recoge su artículo 2.1, segundo párrafo, al afirmar que «Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor».

Un segundo hito, ha sido —y, como la anterior, ambas aún siguen en vigor— la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, de la que debe destacarse su proclama de la situación legislativa española, así dice que:

> Entre estos acuerdos e instrumentos internacionales destacan dos Convenciones de Naciones Unidas, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989[1], ratificada el 30 de noviembre de 1990 y sus Protocolos facultativos, y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de

1 Instrumento de ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 («BOE» n.º 313, de 31 de diciembre de 1990).

23 [de] noviembre de 2007. Además, resultan reseñables dos Convenios impulsados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995 y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010. Por otra parte, deben destacarse también tres Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010, así como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014. Y, finalmente, el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor constituye, junto a las previsiones del Código Civil en esta materia, el principal marco regulador de los derechos de los menores de edad, garantizándoles una protección uniforme en todo el territorio del Estado.

Y, finalmente, por el cambio radical que ha supuesto para las situaciones de discapacidad y, también, para los niños o menores de edad, debe estarse a la que se ha considerado la mayor reforma del CC español, en su ya más de 130 años de vigencia —a saber— la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y

procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021), que modifica el derecho de la persona, el derecho patrimonial y el derecho de familia y sucesorio, como se verá *infra.*

2. Capacidad jurídica y de ejercicio (incluso por apoderado) del menor conforme a su ley personal

El concepto de menor, ya anticipado, viene dado por el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño y, como regla general, posee excepciones (así, en España, el Derecho foral de Aragón, para los mayores de catorce años), toda persona menor de dieciocho años, tal como dice su artículo «1.- Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». Es la misma edad que, rebajando la entonces existente de veintiún años, estableció el artículo 12 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (= CE'78), al precisar que «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años», salvo —y es importante destacarlo— que su ley personal aplicable le reconozca la mayoría de edad a una edad inferior, en que, luego, aunque se cambie de nacionalidad ya no se perderá, aunque el nuevo Estado no la reconozca a dicha edad.

De acuerdo con el artículo 4.6 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, los dieciocho años (mayoría de edad) son tanto una edad concreta, así como un estado civil, y es trascendente destacarlo ya que cuando se pregunta la razón sobre cómo por un día o unas horas antes no sean validos ciertos actos y sí unos minutos después. Lo relevante no es la edad, sino el tener o no ya un concreto estado civil, lo que es igualmente determinante para la comparecencia en juicio o capacidad procesal (STS, S. 1.ª, de 30 de enero de 2008).

Lo relevante es que los dieciocho años determinan imperativamente la mayoría de edad (e incluso podría decirse que es regla que actúa como norma de orden público internacional básico), todo ello sin perjuicio de que incluso su ley personal les puede reconocer

ya antes de los dieciocho años la mayoría de edad, por ser la ley personal la que lo determina[2], así el artículo 9.1 del Código Civil determina lo siguiente:

> La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.
>
> El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior.

En consecuencia, adquirida la mayoría de edad, conforme a la ley personal aplicable al momento de adquirirla, ya no se pierde (principio de *semel maior*, *semper maior*), aunque se establezca la persona en un territorio o país distinto que no la reconozca; así resulta del artículo 9.4 del Código Civil al precisar que el «cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior», aunque este nuevo país la tenga señalada a una edad superior, como puede ser la de los veintiún años; si bien, en general, están muy uniformadas las legislaciones en esta materia, y sirve la ley del menor para determinar no solo su capacidad, sino también, su representación legal y facultades del representante (Pau, 1998, pp. 32-33; RDG de 14 de julio de 1965). No obstante, en lo que sean medidas de apoyo se estará —actualmente— a su residencia habitual (Código Civil, artículo 9.6, párrafo 2).

Otras edades relevantes —también— pueden influir indirectamente en el ámbito patrimonial a través de la ley personal o vecindad civil (en el caso de España), y en su ámbito de reclamación judicial (para la edad de litigación dentro de la Unión Europea están los «Derechos de los menores en los procedimientos judiciales») son las siguientes:

---

2 En España, al tener diversas legislaciones civiles, por la vecindad civil en cada territorio con Derecho civil propio; véase, al efecto, Linacero, 2013, pp. 391-402, para la adquisición de la nacionalidad y vecindad civil y su publicidad registral.

a) *Los doce años*. Es esta edad menos relevante —que las dos siguientes, de catorce y dieciséis años— en lo económico (aunque lo pueda llegar a ser *a posteriori* en materia sucesoria), pero tiene su trascendencia, así, en materia de adopción. A saber, en el artículo 177.3.3 del Código Civil, se estipula que debe ser oído el menor de doce años «de acuerdo con su edad y madurez», y siendo mayores de doce años, en el artículo 159 del Código Civil español, se estipula que deberá oírseles para determinar —el juez— al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad, así como si tuvieren suficiente juicio. Incluso, indirectamente, podrían defender su patrimonio si los padres lo pusiesen en peligro (Código Civil, artículo 167), pues no diferencia edad, sino que indica simplemente «a petición del hijo» y, sin duda, puede ya tener suficiente juicio.
b) *Los catorce años*. Dado que la ley personal va vinculada en España a la vecindad civil (o residencia continuada, por más de diez años, en alguno de los territorios que tienen derecho civil propio), es el momento en que al cumplir dichos catorce años y hasta un año después de la emancipación, podrá el mayor de catorce años optar por la vecindad civil de su lugar de nacimiento o bien por la última vecindad de cualquiera de los padres, debiendo estar asistido al optar, si no está emancipado, por su representante legal. Asimismo, sucede con la nacionalidad, pues el artículo 20.2.b) del Código Civil español, permite a los catorce años optar por la nacionalidad española, incluso contra la voluntad discrepante de sus representantes legales, eso sí, siguiendo el oportuno expediente de jurisdicción voluntaria.
c) *Los dieciséis años son relevantes para la emancipación y en la administración de los propios bienes*. Al alcanzarlos ya permite la emancipación y, conforme al artículo 241 del Código Civil, se concede por quienes ejerzan la patria potestad, con aceptación del emancipado en escritura pública e inscrita en el Registro Civil (artículo 242 del Código Civil, para producir efectos frente a terceros, y es irrevocable). El emancipado se reputa, salvo excepciones (Código Civil, artículo 247), como si fuese mayor de edad, con la consiguiente mayor amplitud en su actuación patrimonial y,

también, aunque es revocable, puede alcanzarse la emancipación por vida (económica) independiente (Código Civil, artículo 243), con consentimiento de los progenitores. Y, en cualquiera de estas dos manifestaciones de la emancipación (al igual que cuando se concede por la autoridad judicial, el beneficio de la mayor edad, al sujeto a tutela mayor de dieciséis años, artículo 245 del Código Civil, o en los supuestos del artículo 244 del Código Civil, es decir, por segundas nupcias o convivir maritalmente con otra persona, por separación de los progenitores o graves dificultades en el ejercicio de la patria potestad), el emancipado, de acuerdo con el artículo 247 del Código Civil, podrá «regir su persona y bienes como si fuese mayor» (para el artículo 43 del Código Civil peruano, Toro, 2022, *passim*); pero, como no lo es, hasta que no sea mayor de edad:

> no podrá tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar[3] bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial.

Como bien ha señalado Carrasco y González (2017) hoy los menores no emancipados realizan «diariamente una pluralidad de contratos, cuya validez nadie discute, desde subir al autobús urbano [aunque la tarjeta de pago quizás se la haya comprado los padres, pero también podría ser por ellos mismos], comprar menudencias, viajar por su cuenta, hacer uso de una tarjeta de crédito, etc.» (pp. 93-94), por lo que no puede ser ya, y de ningún modo, que parezcan válidos solo unos supuestos, sino que la validez de todos debe ser la regla general, y solo lo admisible la excepción en algunos supuestos, atendiendo a la madurez del menor, y en que, en consecuencia, sea la otra parte la que soporte el riesgo de que el menor no tenga dicha suficiente madurez y, por ello, sea anulable el contrato. Para Gete-Alonso (2001, p. 173), debe presumirse el consentimiento tácito de los representantes legales y, por ello, estos contratos no pueden considerarse inexistentes; pero, en todo caso, no cabe olvidar que, hasta ciertas edades, cuatro o incluso

3 También, menos renunciar abdicativa o traslativamente.

hasta los seis años, en verdad lo que faltará sí será un consentimiento válido por falta de capacidad natural o entendimiento de lo que hace y, al faltar, este elemento esencial, el contrato será radicalmente nulo (Código Civil, artículo 1261.1).

En todo caso, los supuestos ya enumerados en el artículo 247 del Código Civil, para el emancipado, lo serán más para el menor no emancipado todavía, pues se trata de una regla prohibitiva (de interpretación restrictiva), cuya contravención implica la nulidad absoluta y radical. A saber, en el tomar dinero a préstamo lo que se prohíbe no es dar, sino el endeudarse por cualquiera de las fórmulas posibles, no solo el préstamo, sino también puede hacerse con un crédito, con una tarjeta de crédito o comprando a plazos, cualquiera de estos supuestos u otros que produzcan un endeudamiento del menor emancipado no podrá realizarlos por sí solo y, efectivamente, menos el que ni siquiera está emancipado.

En relación con los progenitores puede darse conflicto de intereses con uno de los mismos, en cuyo caso podrá actuar el otro progenitor por sí solo o, en su defecto, con intervención del defensor judicial (Código Civil, artículo 235.1). Muchos de estos conflictos de intereses se dan en materia sucesoria, que se estudia *infra*.

Otras cuestiones que merecen destacarse dentro de la actuación de menores o emancipados son las siguientes:

a) *Escasa conflictividad de la contratación por menores*. La jurisprudencia apenas ha podido pronunciarse respecto a la escasa conflictividad que el asunto de la contratación de menores produce, aunque es evidente que lo celebran diariamente los menores (emancipados o no, pero en edad próxima a la misma), y al margen de que sean conscientes o inconscientes de que están contratando. Sin perjuicio, también se ha dicho, de que múltiples de ellos no dejan de ser lo que se ha llamado «relaciones contractuales de hecho» (en que propiamente no hay consentimiento expreso), tal que cuando se suben al autobús. En todo caso, lo que no podrán es adquirir sustancias nocivas o peligrosas (en particular para ellos), incluso aunque sea por encomienda (o recado) de sus representantes legales y para consumir ellos, así es habitual ver en las tiendas o

abarrotes los letreros de «prohibida la venta de licores o tabaco a menores». Y entre la escasísima jurisprudencia cabe citar la STS, S. 1.ª[4], de 10 de junio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:16093), en que, en un supuesto que se alega inexistencia de contrato por ser menor el contratante, afirma «reconociendo la situación ya imperante entonces» (Méndez, 2023, pp. 332-335) y la que se da en los entornos digitales, que dicha tesis es considerada:

> inaceptable por contraria a los usos sociales imperantes en la actualidad, ya que resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» (art. 3.1 del Código Civil), y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, una finalidad protectora del interés de estos, es evidente que en esa clase de contratos la misma se hace innecesaria.

b) *Apoderamiento por o a favor del menor emancipado.* Es habitual plantearse si el emancipado puede otorgar poderes como un mayor de edad o, por el contrario, si habrá que estar a cada caso concreto, es decir, a si requiere o no el acto de complemento de capacidad, esto parece ser lo que debe observarse; aunque como actuación práctica caben diversas opciones, así, puede ser que dé

4 A la que salvo que otra cosa se diga pertenecen todas las sentencias que se citarán.

el poder con intervención del que complemente su capacidad o que sea este el propio apoderado y al ejercitarlo ya la complemente o que sea un tercero y el que complementa acuda cuando actúe el apoderado a complementarla —en todo caso, lo que no cabe es un consentimiento o complemento de capacidad generalizado— (Pau, 1998, pp. 115-118).

El emancipado como apoderado, debe sujetarse a la regla ineludible de que lo que no puede hacer el emancipado para sí y por sí solo, tampoco lo puede hacer como apoderado voluntario para terceros, así lo viene a proclamar RDG de 3 de marzo de 1989, sobre la base de que el CC fija edades concretas —o estados civiles, cabría matizar— para su válida conclusión, por ello el que no la tiene no puede concluir válidamente el negocio ni para sí, ni por sí para terceros.

3. Administración de su patrimonio y situación específica en el Derecho Foral de Aragón

El menor de edad o niño puede tener su propio patrimonio, tanto por ser lo que se llama «un niño prodigio», en lo deportivo, musical o en cualquier otra faceta de la vida, como por haber heredado o por cualquier otra circunstancia, y el problema que se plantea es el de la administración y disposición —que se ve *infra*— respecto de ese patrimonio, esto lo contempla el artículo 164 del Código Civil y, como regla general, establece que serán administrados por los padres «con la misma diligencia que los suyos propios»; pero, como excepción, precisa que la administración cuando se adquieran por título gratuito (caso de la donación) será la que ordene el disponente, quien podrá establecer una prohibición o limitación a la administración o disposición que vaya más allá de los dieciocho años, por lo que no es infrecuente —en la práctica— que se eleve hasta los veinticinco o incluso más; otro tanto sucede cuando se adquiera por herencia (con sus propias singularidades), aquí a través de la cautela *socini* podrá incluso gravarse la legítima, para que también quede sujeta a limitaciones a la disposición (no pudiéndose considerar gravamen la

imposición de que la administren los padres, por ser ya lo que establece la propia ley (considérese, para sus contornos y admisibilidad, la STS 464/2018, de 19 de julio de 2018) y, finalmente, el artículo 164.3 del Código Civil, cuando se trate de los adquiridos por el hijo mayor de dieciséis años, con sus trabajo o industria: «Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella».

Se trata, en tal sentido, de determinar qué se entiende por «administración ordinaria», que aparece —claramente— contrapuesta a los actos dispositivos, que engloban la enajenación —gravamen y renuncia— por suponer la salida de presente o de posible futuro (tal que la hipoteca que puede llegar a ejecutarse) de los bienes, pero puede ser más problemática en su diferenciación con la denominada administración extraordinaria, para considerarla así habrá que estar tanto a que no sean actos regulares y de cuantías proporcionadas, como a su singularidad, por razón del tiempo, importe y circunstancia.

Dentro de la administración del patrimonio se suele presentar problemas para determinar qué actos o negocios jurídicos son de administración, de extraordinaria administración (categoría más doctrinal, que positiva o jurisprudencial en el ámbito del CC español) o de carácter dispositivo, así cabe distinguir los siguientes supuestos más habituales:

a) *Declaración de obra nueva y división horizontal de lo edificado*. Aunque pueda decirse que la obra nueva constate —consistentemente— que hay una edificación sobre el solar, lo cierto es que se requiere de escritura pública, pues solo en estas frente a las actas notariales, artículo 17.1 segundo párrafo LNot, se pueden contener negocios jurídicos, y esto es la declaración de obra nueva, dado que se ejercita el derecho a la edificación, pero, desde luego, no cae en el ámbito del acto dispositivo (nada sale ni se grava en el patrimonio del menor). Por ello, según el artículo 164.3 del Código Civil, si el hijo —ya con dieciséis años— lo hubiese construido con su trabajo o industria la podrá declarar por sí solo, en otro caso necesitará del consentimiento de sus padres; de la misma forma que tutor o curador, no necesitarán de autorización judicial, artículos 224 y

287 del Código Civil, y el emancipado lo podrá hacer por sí, por no ser ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 247 del Código Civil; de acuerdo con el artículo 166 último párrafo del Código Civil, a esto se une que, incluso reputándose acto dispositivo, si lo hacen los padres, como se hace en escritura pública, bastará que comparezca el menor —pero mayor de dieciséis años— para consentirlo. Otro tanto, cabe decir de la división o constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal (en otras latitudes denominado condominio o complejo inmobiliario).

Si el menor estuviese casado en gananciales tampoco se reputará dispositivo, y si fuese el suelo privativo así sería el edificio por virtud del principio de accesión, incluso aunque se pague con dinero ganancial (quedaría a salvo el derecho de reembolso), pero también ya podría constituirse una comunidad o dotarlo de carácter ganancial por la libertad de pacto entre los cónyuges, pudiendo ser la causa la misma aportación, no necesariamente tiene que ser onerosa o gratuita (RRDG 20 de febrero de 2014, 12 de junio de 2020 y SSTS 849/2021, de 9 de diciembre 35/2024, de 15 de enero), en cualquier caso el artículo 1376 del Código Civil exige la intervención de ambos.

b) *Constitución de comunidad, incluso para actuar como empresa comercial*. En verdad la comunidad no se constituye, sino que nace en el mismo momento en que dos o más personas son dueñas, en el porcentaje que sea, proindiviso de un mismo bien (Código Civil, artículo 392.1). Esto implica que la voluntad para su nacimiento es indirecta, dado que lo que habrá —como vía para su nacimiento— es una compra, una herencia, una donación, etcétera, de una cuota del bien, por lo que a ello hay que remitirse. Cosa distinta es que se conforme, una vez nacida, con órganos de gestión, por un concreto plazo de duración —podría incluso ir más allá de los diez años, como comunidad especial— (artículo 382.2 del Código Civil), o con concretos usos o destinos, así para ejercer una actividad económica, en estos casos la capacidad del menor vendrá dada, según cada caso se juzgue o no como acto de disposición, y de serlo habrá que estar al artículo 164.3 del Código Civil (si nació fruto de

su trabajo o industria); si los órganos están dotados para enajenar (la capacidad exigible aquí será la del artículo 166.3 del Código Civil, si ya tiene dieciséis años y consiente en escritura pública) y lo mismo cabría decir cuando dure más de los diez años (Código Civil, artículo 400.2); y, para el caso de tutor o curador, artículos 224 y 287 del Código Civil; para el emancipado, artículo 247 del Código Civil, en cuanto suponga enajenación, así si se le confiere la facultad al órgano de administración.

Hay comunidad —por haber varios comuneros sobre una única finca— cuando se procede a agrupar varias fincas para formar una nueva única, de la que será condómino cada uno en razón de su finca aportada, debiéndose considerar —en principio— un simple acto de administración, pues nada sale del patrimonio del agrupante, otra cosa distinta e innegable es que ya no se podrán tomar decisiones individuales, sino sujetos a las reglas de la mayoría, pero en cuanto se exige para las alteraciones la unanimidad (Código Civil, artículo 397), tampoco se sufrirá perjuicio pues basta con oponerse si es perjudicial. Cosa distinta serán los posibles acuerdos para gestionarla para lo que habrá que estar al epígrafe siguiente.

c) *Administración y extinción de la comunidad de bienes.* El CC español en materia de comunidad —certeramente— no distingue entre administración y disposición, sino entre administración, artículo 398 del Código Civil, que exige la mayoría de los partícipes (en plural) y, hay que entender —pues no lo dice— de cuotas, aunque, bien visto, incluso el que exija partícipes (como personas en plural) podría excluir la imposición por el «comunero tirano», en cuanto con su cuota pretenda imponer su voluntad a los demás, dado que por mucha cuota que tenga, y a lo que se refiere el CC, nunca será —si no capta otra voluntad de otro comunero— nada más que «partícipe» pero no «partícipes», como exige el CC; y, por otra parte, habla de alteraciones de la cosa común, artículo 397 del Código Civil, que pueden ser tanto materiales como jurídicas (Serrano, 2017, pp. 762-781; RDG de 16 de diciembre de 2021; Pérez, 2018, pp. 252-256, 264), que puede tratarse de los premios de lotería (SSTS de 4 de febrero de 2020 y 16 de junio de 2011), aunque

cabe decir que los menores no podrían participar en el juego, pero puede ser mayor uno de ellos en el matrimonio «casado en gananciales» (Código Civil, artículo 1351) o tratarse de pequeños sorteos habituales —viaje fin de curso— entre colegiales (artículos 1798-1801, Código Civil); parece obvio, con lo hasta aquí dicho, que en la administración puede participar el menor por sí, si es fruto de su trabajo o industria y tiene los dieciséis años (Código Civil, artículo 165.3), para lo demás requerirá del consentimiento de sus progenitores, y en cuanto a tutores y posibles curadores deberá estarse a lo ya dicho de que es mera administración; mientras que la extinción —salvo que se configure como comunidad especial al amparo del artículo 392.2 del Código Civil— es una facultad que tiene todo comunero, artículo 400.1 del Código Civil, por lo que puede pedirla cualquier comunero, en cualquier tiempo y cualquiera que sea su edad; pero, como la extinción exige que quede un único comunero, lo innegable será que uno o más tienen que quedarse si su cuota del bien, e incluso aunque se le adjudique un bien, si recaía sobre varios, también saldrán de su patrimonio cuotas de los otros bienes, por lo que parece indudable, al margen de que el acto de extinción se considere declarativo (pues el patrimonio quedaría de idéntico valor por *mor* de la subrogación real), sin embargo, igual de cierto es que no quedan los mismos bienes, por ello, parece que se está ante un acto dispositivo y se requiere facultad de enajenar (pues se asemejaría a la permuta al intercambiarse cuotas de bienes por un bien concreto o por dinero, que sería como una clara enajenación); habrá que estar, en consecuencia, en lo que sea acto dispositivo o de enajenación a los artículos 224 y 287 del Código Civil, para tutor y curador y artículo 247 del Código Civil, para el emancipado. Cuando esté bajo la patria potestad, será de aplicación el artículo 166.1 del Código Civil, y nunca el artículo 164.3 del Código Civil por referirse únicamente a los actos de administración.

Es necesario puntualizar que la alternativa, según el artículo 166.3 del Código Civil, de suplir la autorización judicial por el consentimiento en el instrumento o documento público del mayor de dieciséis años solo cabe para la patria potestad, pero no para el tutor, tanto por no

contemplarse expresamente, como, además, por no darse identidad de razón, pues lo primero deriva de la propia naturaleza de los hechos —como es la maternidad o paternidad— mientras que la tutela exige de un acto formal de constitución y de elección, artículos 213 y 217 del Código Civil, unido a que el artículo 224 del Código Civil se remite al artículo 287 del Código Civil (previsto para la curatela) y no a la patria potestad, de lo que no puede menos que considerarse que el propio legislador les niega la identidad de razón en su funcionamiento.

Otro derecho civil español que regula el patrimonio del menor, con amplitud, singularidad y en claro beneficio del menor (con relevante distinción de si es o no mayor o menor de catorce años, sin necesidad de estar emancipado), es el aragonés y —así— su artículo 8 CDFA, dispone respecto del «Patrimonio del menor» (en afirmación que puede trasladarse al ámbito del CC, pues de su normativa se deduce lo mismo), que:

> Pertenecen al menor de edad los bienes y derechos que adquiera y, consiguientemente, su disfrute, así como los frutos y productos de cualesquiera otros que se le hubieren confiado.

Cuasi idéntico contenido es el del artículo 165.1 del Código Civil español, incluso acentuando la pertenencia con el adverbio «siempre», así dice que: «Pertenecen siempre al hijo no emancipado los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera con su trabajo o industria». Eso sí, según el artículo 165.2 del Código Civil, sin tener que rendir cuentas, los padres podrán destinar en parte los mismos «al levantamiento de las cargas familiares», lo que personalmente entiendo tiene que tener su correspondiente correlato en la legítima, entre otras causas justificativas para su existencia y mantenimiento.

Y lo que es más singular, en el derecho foral aragonés —situación única en el panorama de los derechos civiles españoles— es el tomar históricamente en consideración la temprana edad de catorce años, pues una vez alcanzada, tanto para la administración como para la disposición, se deberá estar a su artículo 9 CDFA, conforme al que:

1. La administración de los bienes del menor no emancipado, así como la disposición hasta que cumpla los catorce años, compete a los padres, como función aneja a la autoridad familiar, y, en defecto de ambos, al tutor.
2. Se exceptúan los bienes cuya administración y disposición correspondan al tutor real, administrador judicial o persona designada por aquel de quien el menor hubo los bienes por donación o sucesión. En los dos últimos casos se estará a lo ordenado por el Juez o el disponente y, en su defecto, serán aplicables las mismas limitaciones, formalidades y responsabilidades impuestas al tutor.

Para la persona menor de catorce años, dicho CDFA contempla en materia de representación legal, artículo 12 CDFA, que hasta que no haya cumplido catorce años, corresponderá a «los titulares de la autoridad familiar, en cuanto ostenten su ejercicio, y, en su defecto, al tutor». Si bien, su artículo 5.3 CDFA dispone que: «3. La representación legal del menor termina al cumplir los catorce años; desde entonces, su capacidad se completa con la asistencia».

El estadio siguiente, sin haber alcanzado los dieciséis años ni la emancipación, en Aragón, es el de la persona «menor [pero ya] mayor de catorce años», situación reconocida desde la Edad Media en el derecho aragonés (lo más antiguo los Fueros de Aragón de 1247), en concreto se señala —según Bayod (2015, p. 128) — el Fuero único De *contractibus minoris*; para ellos debe distinguirse lo relativo a materia de capacidad, prestación de la asistencia (y anulabilidad) y, finalmente, la oposición de intereses. Así, el artículo 23 CDFA, para el mayor de catorce años —aunque no esté emancipado— le permite:

celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor. […].
3. El menor mayor de catorce años no necesita asistencia en los actos que la ley le permita realizar por sí solo.

La asistencia, señalado en el artículo 27 CDFA, exige como presupuestos que sea conforme a los intereses del menor, y que no

sea genérica, aunque sí puede darse para una pluralidad de actos de «la misma naturaleza o referentes a la misma empresa, explotación económica, actividad o sociedad, cuyas circunstancias fundamentales habrán de especificarse», basta pensar que el menor haya heredado una empresa o negocio, o se le haya constituido para mejor gestión de su patrimonio[5]; finalmente, la «asistencia puede ser expresa o tácita y previa o simultánea al acto; en esta puede bastar con la mera presencia sin oposición», y el conflicto de intereses se resolverá en la forma habitual de actuar el otro padre si es uno solo con el que se da el conflicto; y en última instancia, si solo hay un padre o tutor «la asistencia será prestada por uno cualquiera de los padres o el tutor». La sanción civil a la falta de asistencia, según el artículo 29 CDFA, es la anulabilidad (misma postura que sostiene la actual jurisprudencia para el CC español, como se señala *infra*, en un viaje de ida y vuelta al negocio incompleto y vuelta a la anulabilidad).

Regla especial de administración —dentro del CC español— es la que puede imponer tanto el donante como el causante, esto es, como dice el artículo 205 del Código Civil, las puede imponer todo el que disponga de bienes a título gratuito, donde caben las distintas modalidades de donación no onerosas, así como las atribuciones sucesorias gratuitas, sin olvidar que el menor goza de la limitación de responsabilidad, incluso aunque la herencia sea dañosa (*hereditas damnosa,* que no lo podrá ser para él), y junto a las reglas de administración —e incluso de disposición— podrá «designar la persona o personas que hayan de ejercitarlas. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor»; así, desde luego, las personas administradoras tanto podrán actuar solidaria como mancomunadamente, para todos o solo alguna clase de actos o negocios jurídicos, por razón de las cuantías, o de la clase o naturaleza mobiliaria o inmobiliaria, o incluso de su procedencia familiar en anteriores generaciones, etcétera.

5 Véase *infra* para la gestión mercantil o comercial.

4. Ámbito de actuación del niño, adolescente o menor de edad en materia contractual

La situación actual del menor ha cambiado sustancialmente con la Ley 8/2021 y ya antes con la Ley 26/2015; así, el artículo 162 último párrafo precisa que para celebrar contratos que exijan al hijo menor realizar prestaciones personales (basta pensar desde un contrato de trabajo a una actuación musical o deportiva, sea o no habitual) que se dé su previo consentimiento «si tuviere suficiente juicio», lo que en sí ya exige una cierta edad para poderlo tener, aunque no una concreta edad, esto según Carrasco (2021, p. 173) y la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado —en adelante RDG—, de 3 de marzo de 1989 (en relación con el artículo 625 del Código Civil), así como la ya señalada STS de 10 de junio de 1991. Edad que ni será la misma para cada niño (dado que exige suficiente juicio), ni para cada concreta actividad, ni según el ámbito, territorio o país en que se tenga que prestar (se explica ampliamente el aspecto contractual en Varela, 2016, pp. 29-34).

En lo que es su actuar contractual —mientras sea niño, adolescente o, en suma, menor de edad— debe tenerse presente lo siguiente:

a) *Una necesaria distinción —en el actuar del niño o menor de edad— entre nulidad y anulabilidad*. El niño o menor de edad (salvo lo ya dicho para Aragón, como singularidad dentro de España), tiene capacidad jurídica, aunque tradicionalmente se le negaba la capacidad de obrar, y admitida esta como regla general (antes por la doctrina y luego positivamente con la LO 1/1996), salvo excepciones (de interpretación restrictiva), es, actualmente, opinión cuasi unánime para el CC, que toda persona, menor o mayor, plenamente capaz o discapacitada tiene capacidad jurídica, otro proceder es la capacidad de ejercicio (pues ha desaparecido la capacidad de obrar), nuestra jurisprudencia la ha delimitado con las SSTS 589/2021, de 8 de septiembre y 1443/2023, de 20 de octubre. Para el menor (niño o adolescente) la propia legislación le restringe en supuestos concretos que sus actos o negocios jurídicos sean plenamente eficaces o válidos (artículo 1264 del Código Civil),

pero, incluso dentro de esto se debe distinguir la falta de capacidad natural que se da cuando el niño tiene tan corta edad, que aunque hable no es consciente de los efectos de lo que dice, por lo que falta el consentimiento —requisito esencial del artículo 1261 del Código Civil— y, en consecuencia, el contrato sería radicalmente nulo e insanable, artículo 1300 del Código Civil y, por ello, imprescriptible; distinto sería cuando ya sea adolescente, o incluso antes, quizás a los ocho o diez años, en que sí puede ya comprender lo que hace y sus efectos, y sí puede hablarse de consentimiento, otro proceder es que pueda estar viciado o no suficientemente conformado y, desde luego, que le falte el estado civil de emancipado o de mayor de edad, y, en consecuencia, pueda anularse lo actuado, conforme al artículo 1302.2 del Código Civil incluso por el propio menor o sus representantes legales (salvo los que puedan celebrar válidamente por sí mismos, es decir, los permitidos por los usos sociales, artículo 1263 del Código Civil).

La acción de anulabilidad se contempla por el artículo 1301.3 del Código Civil, con plazo de caducidad de cuatro años, y que incluye la acción referida «a los contratos celebrados por los menores, [y como *dies a quo*], desde que salieren de la patria potestad o la tutela». Las consecuencias de la anulabilidad son diferentes cuando procede de la minoría de edad, pues no hay obligación de restituir la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses, artículo 1303 del Código Civil, sino que conforme al artículo 1304 del Código Civil:

> Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta.

Además, los contratos nulos por faltar el consentimiento son insanable, vía confirmación, al efecto, artículo 1310 del Código Civil; sí lo son los anulables, es decir, los que ya puedan hacer quienes tengan suficiente madurez, que algunos la consideran y a los siete años, y, desde luego, los adolescentes, sin duda los que tengan ya dieciséis años, pero la confirmación por ellos mismos solo podrá darse cuando tengan la mayoría de edad, como resulta del artículo 1311 en relación con el artículo 1304 del Código Civil.

b) *Un supuesto, en España, de anticipación a los catorce años, como es el Derecho civil de Aragón*. Es el supuesto del artículo 7.1. b) del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», en adelante CDFA, al afirmar que:

> Artículo 7. Capacidad del menor.
>
> 1. El menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo: […]
> b) Otorgar los actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales. […].
> 2. Las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva[6].

Reconocimiento al menor o niño que, casi en el mismo sentido, recoge el artículo 1263 del Código Civil, salvo en la falta de alusión a la capacidad natural, que es básica, pues es diferente decir que toda persona —sea niño, adolescente, mayor de edad o anciano— tenga capacidad jurídica y, otra, que tenga capacidad natural, lo que exige que sea consciente de lo que hace o exterioriza y de sus consecuencias (al menos básicas), y así afirma que:

6 Esto último es lo que ya se ha anticipado que rige para el CC, y, también, para todos nuestros derechos civiles, consecuencia de cómo debe interpretarse, al alcanzarse el primer cuarto del siglo XXI y los tratados suscritos por el Reino de España, la capacidad de ejercicio del menor.

> Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.

Y lo ya dicho, para la Comunidad Autónoma de Aragón, al tratar de la capacidad *supra*, para el menor mayor de catorce años, que —conforme a su artículo 23 CDFA— no necesita asistencia en los actos que la ley le permita realizar por sí solo, se rebaja, pues, la edad.

c) *Un viraje jurisprudencial de la anulabilidad al negocio incompleto, para volver, cuando falta el complemento de capacidad al menor*. En el ámbito del CC español, la falta de asentimiento de los progenitores, de la autorización judicial o, en general, la falta del complemento de capacidad se venía resolviendo a través de la anulabilidad, pero cierto giro jurisprudencial (hace casi tres lustros) lo resolvió a través de la figura del negocio incompleto, que en sí suponía su ineficacia, pero sanable, a través de la ratificación, con sus consiguientes diferencias frente a la confirmación; no obstante, se ha vuelto a la anulabilidad con la STS 2/2018, de 18 de enero de 2018 (Roj: STS 56/2018 - ECLI: ES:TS:2018:56), que describe detenidamente la situación que se daba (por lo que se transcribe ampliamente) y la conveniencia de la vuelta a la anulabilidad, así dice:

> La teoría de las nulidades de los contratos se caracteriza en la doctrina y la jurisprudencia actuales por un análisis funcional de los regímenes de invalidez que tiene en cuenta la finalidad de las normas y los intereses en juego[7]. La representación legal no legitimada por una autorización judicial quedaría asimilada a una representación sin poder. De esta forma, de la misma manera que en la representación sin poder falta la voluntad del *dominus*

7 Pero, no obstante, hace unos tres lustros, para una concreta postura jurisprudencial.

hasta que se produce la ratificación, en el caso de la representación legal podrían ratificar el acto los propios menores y las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando dejaran de estar sometidas a representación legal.

Por esta última solución se inclinaron las sentencias 225/2010, de 22 de abril, y 447/2010, de 8 de julio, citadas por la parte recurrente en apoyo de la calificación del acto como nulo e inexistente por no haber mediado previa autorización judicial ni ratificación posterior por el propio interesado.

Con posterioridad, otras sentencias de esta sala (Sala 1.ª del TS español) han afirmado dar por buena esta solución, pero no la han considerado aplicable al caso que resolvían. Así, la sentencia 558/2010, de 23 de septiembre, en un caso de los actos de disposición de bienes gananciales efectuados por el tutor sin autorización judicial. A su vez, la […] sentencia 440/2014, de 28 de octubre, en un supuesto de venta realizada por el padre como representante de sus hijos menores sin contar con autorización judicial requerida por el art. 166 CC, parte de la sentencia 225/2010, de 22 de abril , pero la «puntualiza», y por razón del principio de conservación de los actos y contratos, admite que los otorgados por el representante legal sin autorización judicial puedan convalidarse mediante la ratificación expresa o tácita «y en su caso, por el transcurso del plazo establecido».

La sentencia impugnada en el presente recurso de casación apoya su decisión en dicha sentencia 440/2014, de 28 de octubre, tras observar que la sentencia de 22 de abril de 2010 en la que se basó el Juzgado ha sido «completada» por aquella que, según la sentencia recurrida, «parece que tiende a la anulabilidad de los actos realizados sin autorización judicial, que es el régimen que se propugnaba en las anteriores sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1987, 9 de mayo de 1994, 23 de diciembre de 1997 y 3 de marzo de 2006 y que es también el régimen que se adopta en el Derecho catalán».

[...] Frente a la solución de la nulidad radical, la asimilación del acto realizado por el representante legal sin autorización judicial

al acto otorgado sin poder permite la ratificación por el menor o el incapacitado cuando dejen de serlo, lo que en principio es favorable a su interés.

Esta postura presenta sin embargo algunos inconvenientes, tanto desde el punto de vista de la protección de los intereses de los menores y personas con discapacidad como desde el punto de vista de la seguridad jurídica. [De modo que]:

i) En primer lugar, la aplicación del art. 1259 CC deja abierta la puerta a la revocación por la otra parte del contrato. El tercero, por tanto, podría privar de eficacia al acto antes de que fuese ratificado. Cuando se trata de menores, esta posibilidad resulta poco coherente con la tutela de su interés, pues quedaría en manos del otro contratante la eficacia del acto antes de que alcanzara la mayoría de edad, pero es claramente contraria al interés de las personas con la capacidad modificada judicialmente que no puedan recuperar su capacidad y que nunca podrían ratificar por sí el acto celebrado por el tutor. Esta objeción podría suavizarse si al menos se admitiera la posibilidad de una autorización judicial posterior al acto, lo que podría considerarse coherente con la estructura de la ratificación del acto sin poder (pero que la sentencia 447/2010, de 8 de julio, tras declarar aplicable el art. 1259 CC, negó).

ii) En segundo lugar, la aplicación del art. 1259 excluye que el ejercicio de la acción de los menores y pupilos para hacer valer los efectos de la nulidad del acto celebrado por el representante quede sometido a plazo. Esa razón fue decisiva para la aplicación del art. 1259 CC en el caso de la sentencia 225/2010, de 22 de abril.

[...] El mismo resultado de la ratificación del acto al amparo del art. 1259 CC, y que es favorable al interés del menor y de la persona con la capacidad modificada judicialmente y sometida a tutela, puede alcanzarse mediante la aplicación del régimen de la anulabilidad, puesto que es posible la confirmación del acto (art. 1309 CC).

Además, la aplicación del régimen de la anulabilidad a los actos del representante legal sin autorización judicial conduce a algunas consecuencias más ponderadas en atención a los intereses en juego. [Por tanto]:

i) En primer lugar, el régimen de la anulabilidad excluye que el otro contratante revoque el contrato. Otra cosa es que, en su caso, si se dan los presupuestos para ello, pudiera impugnar el contrato demostrando el error (o incluso el dolo) que le llevó a contratar con desconocimiento de que fuera precisa una autorización judicial.

ii) En segundo lugar, el régimen de la anulabilidad somete el ejercicio de la acción de impugnación del contrato a un plazo, de manera coherente con la exigencia constitucional de seguridad jurídica.

El plazo de cuatro años que establece el art. 1301 CC, que literalmente se refiere a los contratos celebrados por los menores e incapacitados, se computa «desde que salieren de tutela», lo que parece pensar, para las personas con la capacidad modificada judicialmente, en la recuperación de la capacidad.

[...] La aplicación del régimen de la anulabilidad, además de por las razones antedichas, viene respaldada ahora por el tenor del art. 61 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que se refiere literalmente a la tramitación del expediente en los casos en que el representante legal «necesite autorización o aprobación judicial para la validez de actos de disposición». Aunque se trate de una norma de procedimiento con pretensión de aplicarse en todos los derechos civiles españoles (disp. final vigésima), entre los que se encuentran el aragonés y el catalán, que expresamente establecen como consecuencia de la falta de autorización necesaria la anulabilidad, el texto refuerza la calificación del acto realizado por el tutor como inválido. […]

[...] La anulabilidad y la posibilidad de confirmación es compatible también con el control judicial posterior al otorgamiento del acto, lo que excluiría la ulterior acción de impugnación.

d) *Celebración de arrendamientos por el menor o sobre bienes del patrimonio del menor*. Dentro de los contratos en particular siempre ha tenido relevancia el arrendamiento por más de seis años, pues sin ser un acto de disposición, sí supone uno de administración extraordinaria, así, según el artículo 287 del Código Civil, para el tutor y el curador; aunque, para igual plazo, conforme al artículo 1548 del Código Civil, los progenitores o tutores, así como los administradores de bienes «que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años». Para la situación anterior a la Ley 8/2021, Pau (1998, pp. 125-127), defendía que los padres no necesitaban autorización judicial para un plazo superior, hoy la cuestión será si con la autorización lo podrán hacer o si es una prohibición y lo que tendrán que hacer es celebrar un nuevo contrato transcurrido el inicial de seis años (o sujetarlo a tácita reconducción), que parece lo más ajustado al tenor literal de la ley, y más teniendo presentes los plazos de los dos arrendamientos más habituales, como son el rústico y el de vivienda; no obstante, la STS, S. Social, de 15 de diciembre de 1943, cierto que para un arrendamiento rústico, con su especial sistema de plazos de duración lo admitió; pero, actualmente, en los rústicos, señalado en el artículo 12 LAR, se fija el plazo mínimo en cinco años; y, sin embargo, pueden pactarse menos pero tendrá que durar otros cinco años o siete si es persona jurídica, artículo 9 LAU, salvo que el arrendatario lo denuncie a la fecha de terminación.

Para el emancipado el artículo 247 del Código Civil no le impone ninguna restricción y, desde luego, no es un supuesto de enajenación, sino, a lo más y por su duración, de extraordinaria administración, por lo que tendrá libertad por sí solo.

Desde luego, el que sea o no inscribible, el arrendamiento en el Registro de la Propiedad no le cambia la naturaleza jurídica ni la legitimación para formalizar el contrato arrendaticio, a saber, como se acaba de ver, lo diferente es el plazo de duración.

e) *La transacción*. Aunque es regla generalizada considerar que transigir es enajenar (*transigere est alienare*), con lo que bastaría reproducir todo lo que hasta aquí se lleva dicho, artículos 164.3 y 166.3 del Código Civil para los progenitores, artículo 247 del Código

Civil para los emancipados, y artículos 224 y 287 del Código Civil para los tutores y los curadores, en cuanto se refieren a la enajenación; sin embargo, habrá que estar al objeto de la transacción, pues no será lo mismo transigir sobre plazos o condiciones que sobre bienes, y entre estos según sean muebles de escaso valor o de extraordinario valor e inmuebles, que en este caso —ciertamente— sí sería enajenar. Además, el artículo 1810 del Código Civil es concluyente al afirmar que: «Para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo la patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos», y el artículo 1811 del Código Civil precisa también que: «El tutor y curador con facultades de representación necesitarán autorización judicial para transigir sobre cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya representación ostentan, salvo que se trate de asuntos de escasa relevancia económica».

f) *El caso singular del menor deportista*. Por ser una cuestión relevante por sus consecuencias económicas, contractuales, e incluso de juego de la libertad individual del menor, y, más específicamente, del adolescente, está el tema de la contratación de menores futbolistas, resuelto por la STS 229/2013, de 5 de febrero de 2013 (Caso Baena), en que había un contrato mientras fuese menor y, a la vez, un precontrato para cuando alcanzase la mayoría de edad, que se incumple, pero que el TS español considera inválido, pues conforme al artículo 162.1 del Código Civil no pueden representarle los progenitores en cuanto afecta a su libre desarrollo personal y que, además, desde los dieciséis años podría decirlo libremente él solo; en su redacción actual es conforme «con su madurez», por lo que podría incluso anticiparse (Rollán,2019, pp. 15-22).

5. Adquisición y disposición de sus bienes, incluidas las garantías reales

En materia de bienes debe distinguirse entre muebles e inmuebles y, en cada caso (aunque sea a estos últimos a los que se presta singular regulación codicial) la adquisición y enajenación de la propiedad por vía contractual, pues la herencia y donación se consideran *infra*; así,

por otra parte, la posesión, como hecho natural (excluida aquí la posesión hereditaria), y, en cada caso, al acto o negocio jurídico de que se trate, así puede distinguirse lo siguiente:

a) *La adquisición de las distintas clases de posesión por un menor de edad*. El artículo 443 del Código Civil (modificado —como prácticamente todos los citados— por la L 8/2021) precisa que: «Toda persona puede adquirir la posesión de las cosas», por lo que, *prima facie*, no debería distinguirse (porque la norma expresamente no distingue) entre mayores o menores, aunque lo cierto es que cada uno lo será en relación con las cosas que posee o puede poseer —también pueden intervenir sus representantes legales— (Código Civil, artículo 439), como igualmente habrá que distinguir la mera detentación de la posesión natural o la civil, y, todavía más, la posesión *ad usucapionem*, por requerir un acto volitivo (artículo 438 *in fine* del Código Civil, que habla de sujetarlos a «la acción de nuestra voluntad [o realizar, en su caso] los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho»); entonces, el menor es obvio que sí puede ser mero detentador, por ser algo que se da o no, como mero hecho material, pero en las otras manifestaciones de la posesión y, sobre todo, si se quiere adquirir por prescripción adquisitiva (*o usucapión*) no bastará cualquier edad y respecto de cualquier bien, si no que se exigirá un juicio de madurez y conciencia de lo que está realizando. Junto a esto, debe decirse que para la posesión por los menores será indistinto que sean nacionales o extranjeros, residentes temporales o permanentes en España, y, además, cualquiera que sea su situación administrativa.
b) *Ejercicio de la posesión por los menores.* El propio artículo 443.2 del Código Civil precisa que: «Los menores necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a favor suyo». Pero, una cosa es el hecho posesorio y otra el goce posesorio, que ya requiere una voluntad de poseer (Hernández, 1980, pp. 281-282), y dado que el artículo 443 del Código Civil habla de «adquirir», unido al artículo 439 del Código Civil, resulta indiscutible, que una cosa será el mero hecho de adquirir, que podría cualquiera, y otra, bien distinta, gozar de la

posesión o hacerlo con alguna finalidad, aquí sí es imprescindible el representante legal.

c) *Adquisición de la propiedad.* Cuando sea adquisición mediante contrato, aunque sea menor, se exigirá estar a lo que ya se ha dicho sobre su capacidad contractual, junto a lo contemplado por el artículo 609 del Código Civil para la *traditio*, dejando las donaciones para su estudio *infra*, junto a las sucesiones.

d) *Enajenación por negocio jurídico inter vivos, onerosos o gratuitos*. Estas enajenaciones están contempladas en el artículo 166.1 del Código Civil, que tras la reforma por LO 1/1996 señala lo que se transcribe, consistente en que:

> Los padres no podrán renunciar[8] a los derechos de que los hijos sean titulares[9] ni enajenar[10] o gravar[11] sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones[12], sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

No muy distante es la regulación aragonesa en materia de disposición (CDFA, artículo 15), que puede servir también de comparación para concretar qué negocios, sí o no, podrán realizar los

8 Cabe entender, al no distinguir, que en ninguna de las modalidades de renuncia, sea preventiva, abdicativa o traslativa, ni tampoco abandonarlos.

9 Debe entenderse que no únicamente en plena propiedad.

10 Hay que entender que tanto a título oneroso como gratuito.

11 Como son las garantías típicas —inmobiliarias, es decir, hipoteca, prenda o anticresis— e incluso en lo que sean admisibles las atípicas, y, también, ciertos supuestos de hipoteca mobiliaria como sería la de establecimiento mercantil, artículos. 19 a 33 Ley de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954.

12 Por considerarlo no un acto dispositivo sino de mero goce (como frutos derivados de la titularidad accionarial), pero distinto será si ello implica perder el porcentaje que se tenía respecto de los demás socios, o el control societario, pues iría incluso más allá de la administración extraordinaria.

padres sujetos a la regulación del CC. Al efecto, debe entenderse que sí pueden realizar los padres sujetos al CC —sin necesidad de autorización judicial o la supletoria del mayor de dieciséis años— todos los actos o negocios que no menciona expresamente como sujetos a autorización judicial el artículo 166 del Código Civil, aunque no sea una lista tan exhaustiva como la legislación aragonesa, o la que el propio CC contempla para el caso de la tutela (a la que estarán sujetos, según el artículo 199 del Código Civil, los menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad), y que es la del artículo 287 del Código Civil, regulador de la curatela (que ha devenido en la institución central, junto con la guarda de hecho), por la remisión que al mismo hace el artículo 224 del Código Civil (regulador de la tutela), y que como es fácil de ver es mucho más amplia, pues, sin duda no es lo mismo ser progenitor que tutor o curador, así dice este artículo 287 del Código Civil, aplicable al curador y, por remisión, al tutor, que:

> El curador [e igual el tutor] que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:
>
> 1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.
> 2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles[13], establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del

13 Ya lo afirmó la RDG de 28 de abril de 1866.

derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.

Es manifiesto el mayor número de supuestos en que el tutor y el curador necesitan de autorización judicial frente a los padres, por tanto, de la comparación de los supuestos en que necesitan autorización judicial, unos (tutores y curadores) y otros (los padres), cabe concluir las facultades que cada uno de ellos pueden otorgar.

e) *Admisibilidad de la teoría del negocio complejo en la adquisición de inmueble financiada hipotecariamente*. Se contempla en el artículo 15.2 CDFA (ya antes, RDG de 14 de marzo de 1887), al precisar que:

2. No será necesaria la indicada autorización para tomar dinero a préstamo o crédito, incluso por vía de subrogación, para financiar la adquisición de bienes inmuebles por parte del menor, aún con garantía real sobre los bienes adquiridos.

Esto mismo puede predicarse de los padres sujetos a las reglas del CC español, pues es claro que la adquisición de un inmueble financiada con préstamo hipotecario, no son dos negocios jurídicos, uno de adquisición —la compraventa— y otro de disposición —la hipoteca, que es la que exigiría de autorización judicial— sino que lo que hay es un negocio complejo, que, como ya precisó la RDG de 7 de julio de 1998, tiene una naturaleza unitaria (el negocio complejo), que se da entre el préstamo hipotecario inmediato a la compraventa a cuya financiación se destina, pues la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos, que es la compraventa, tanto si se paga mediante subrogación en la hipoteca que ya grava el inmueble, como si se pide una nueva para financiar la adquisición.

En todo caso, en la algunas veces vacilante teoría del negocio jurídico, no puede olvidarse la RDG de 21 de febrero de 2004 por lo que recuerda, como por lo que matiza, y así dice:

los padres, como representantes legales de sus hijos y administradores de sus bienes pueden, sin autorización judicial, realizar actos de aplicación de dinero o capitales de los sometidos a su patria potestad en la adquisición de bienes inmuebles (artículo 154, párrafo segundo, número 2. del Código Civil), [incluso] cuando estos se hallen gravados, se sometan a determinada condición o limitación el ingreso del bien en el patrimonio del menor, o se constituya el gravamen simultáneamente para garantizar el precio aplazado de la adquisición (Resoluciones de 2 de julio de 1931 y 7 de julio de 1998).

Desde el punto de vista del patrimonio a que afectan esos negocios, este Centro Directivo ha entendido que solo es posible la exclusión de la normativa protectora cuando el gravamen que

se incardina en el negocio complejo no constituye un acto independiente que comprometa o arriesgue los patrimonios preexistentes de los menores, incapacitados o personas especialmente protegidas ([véase] la citada Resolución de 7 de julio de 1998). [Pero no cabe el negocio complejo cuando hay mucha diferencia entre el coste de la vivienda —en construcción— que se financia y el préstamo que se concede, y así concluye que] hay un exceso en la cuantía del préstamo sobre el presupuesto de la obra nueva que puede obedecer, bien a un negocio diferente de financiación que no se exterioriza en la documentación presentada, bien a la consideración de que, por el valor provisional de la obra nueva en construcción, se deja para la declaración de terminación de la obra la fijación definitiva de su coste. Es claro que en el primer caso no se justifica la causa compleja del negocio que permita prescindir de la autorización judicial. Pero tampoco de darse la segunda circunstancia puede decidirse en este momento acerca de la existencia de una vinculación entre ambos actos.

f) *Posibilidad de sustituir la autorización judicial por el consentimiento del mayor de dieciséis años*. Entre las soluciones pragmáticas —que suponen un gran ahorro de tiempo, costes monetarios y alivio en conflictos interpersonales— está la opción de no tener que acudir a la autorización, sino la de optar por la solución alternativa de que consienta el menor, pero mayor de dieciséis años, cuando la enajenación o demás negocios del artículo 166.1 del Código Civil se hagan en documentos público (que incluye, obviamente, al instrumento público y, singularmente, la escritura pública), así resulta del propio artículo 166.3 del Código Civil cuando dispone (incluyendo algún supuesto más que los del artículo 166.1 del Código Civil) que:

> No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.

g) *Necesidad y función del defensor judicial*. Conforme al artículo 235 del Código Civil procederá el nombramiento de defensor judicial, cuando haya conflicto de intereses entre el menor y sus representantes legales (salvo que la propia ley prevea otra forma de salvarlos); cuando el tutor no desempeñe sus funciones, hasta que cese la causa o se designe otra persona; y, finalmente, cuando el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 (actos que requieren consentimiento de los progenitores) y 248 (para el casado menor de edad, basta el consentimiento de los dos si el otro es mayor de edad, o, de ser menor, el de ambos y, además, el de sus progenitores o defensor judicial de uno y otro) y a quienes corresponda prestarlo no puedan hacerlo o exista con ellos conflicto de intereses.

h) *Los bienes del menor y el guardador de hecho*. Contempla el supuesto el artículo 237 del Código Civil, y, en lo que aquí interesa, decir que la autoridad judicial, y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, podrá otorgar a los cuidadores de hecho «facultades tutelares», unido a que el propio guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor, y a este guardador de hecho, según el artículo 238 del Código Civil, se le aplicarán «las normas de la guarda de hecho de las personas con discapacidad», y, en concreto, el artículo 264 penúltimo párrafo del Código Civil dispone que:

> No será necesaria la autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad[14], siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

i) *Otros supuestos resueltos, en orden a la disposición de bienes del menor, sin necesidad de autorización judicial*. Estos supuestos son los siguientes,

14 O menor, por la remisión del art. 238.

algunos —como es deber— casi inmediatos a la promulgación del CC, así:

- ***Dispensa de la autorización judicial por el causante*.** No se requiere —autorización judicial— en caso de dispensa por el padre, que puede eximir al tutor testamentario (o nombrado por documento público notarial, según el artículo 213.1 del Código Civil) de recabar autorización judicial para proceder a la enajenación de bienes del menor, RDG de 5 de noviembre de 1887.
- ***Cónyuge menor de edad*.** Para la actual regulación, el artículo 157 del Código Civil impone que, cuando un cónyuge sea menor no emancipado, la patria potestad sobre sus hijos la ejercerá «con la asistencia de sus padres, y a falta de ambos del tutor; en caso de desacuerdo o imposibilidad, con la del juez»; y, ya resolvió la RDG de 3 de noviembre de 1879, que no la requieren los cónyuges menores de edad, bastando solo la del marido cuando este sea mayor de dieciocho años. Actualmente, el artículo 248 del Código Civil señala que «basta, si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor se necesitará además el de los progenitores o defensor judicial de uno y otro».
- ***Posposición de hipoteca por menor emancipado*.** La RDG de 20 de junio de 1898 admitió que el menor emancipado, pudiera, por sí mismo, otorgar escritura de posposición de hipoteca (actualmente, artículo 247.1 del Código Civil y, en contra, Pau, 1998, p. 292).
- ***Cancelación de hipoteca constituida a favor del menor de edad.*** Múltiples resoluciones, así RRDG de 14 de marzo de 1887, 16 de octubre de 1890, 5 de abril de 1892, 31 de octubre de 1892 y 19 de julio de 1922, consideraron necesaria la autorización judicial para la cancelación de hipoteca a favor del menor de edad, como para la cesión de un crédito hipotecario perteneciente al menor de edad. Actualmente, habrá que tener presente el artículo 178.2 del Reglamento Hipotecario al disponer que: «Para la cancelación por pago de la hipoteca que garantice créditos a favor de un menor de edad bastará el consentimiento del padre o padres que ejerzan la patria potestad». Sí sería un acto dispositivo

pretenderla cancelar sin haberse pagado o cualquier transacción, al respecto. No sucede lo mismo con el emancipado o cuando se da la habilitación de edad, RDG de 15 de marzo de 1902. No cabe olvidar que la escritura pública de cancelación de hipoteca por pago de la deuda lo único que acredita es la extinción de la deuda y como consecuencia de la accesoriedad de la hipoteca su extinción imperativamente, pues no admite el Derecho español la hipoteca de propietario o hipoteca sin deuda que garantice.

- ***Disposición de las cuentas corrientes en las entidades bancarias.*** Para los cónyuges en gananciales habrá que estar al artículo 1384 del Código Civil, que considera válidos, como excepción a la administración y disposición conjunta, artículo 1377 del Código Civil, «los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o título valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren», aunque, desde luego, esta es la regla general, y si uno de ellos fuese menor, bastará con la asistencia o complemento del que sea mayor, pero obsérvese que legitimados están ambos. Sirve, además, y de nuevo el derecho aragonés, que puede extenderse con otras edades a otras situaciones cuando Bayod (2011) nos habla de la inadecuada disposición de una cuenta corriente, así dice que:

  Jurídicamente la razón está del lado de Samuel por ser un menor aragonés mayor de 14 años y corresponderle a él la disposición de sus bienes con la debida asistencia. Por lo tanto, se ha de condenar a la Entidad de Crédito a la restitución del dinero a la cuenta de Samuel (arts. 1766 y ss. en relación con los arts. 1255, 1101 CC, además de la normativa bancaria) y ello, sin perjuicio, de las acciones por cobro de lo indebido que le puedan corresponder a «La Caixa» frente a don Alberto, padre del menor demandante. Así se falló por la AP de Zaragoza en la S. de 30 de diciembre de 2010 y fue confirmado el fallo por la STSJA de 15 de junio de 2011. (p. 203)

En suma, y aplicado al CC español, los padres no pueden disponer por sí, cuando su actuación es de mera asistencia o complemento, unida a la rendición de cuentas que establece el artículo 168 del Código Civil.

6. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DENTRO DE LA ECONOMÍA DEL MATRIMONIO

Cuestión básica inicial a resolver, para poder hablar de economía matrimonial o de régimen económico matrimonial básico o primario —es decir— del conjunto de disposiciones que se aplican cualquiera que sea el régimen económico-matrimonial (en adelante REM), y del supletorio (a falta de pacto son los gananciales, en el ámbito del Código Civil español, artículo 1316), o de su posible pacto capitular a otro REM, es fijar a qué edad se puede contraer matrimonio, y en qué forma, pues también en esto puede influir la edad. Así, en España existe una única clase de matrimonio, con distintas formas como pueda ser la civil, la canónica, o de las otras confesiones reconocidas (Código Civil español, artículo 49; Orden JUS/577/2016, de 19 de abril; Pineda, 2024, pp. 21-22), aunque todos surtirán idénticos efectos civiles, una vez válidamente celebrados. Y, además, si son extranjeros, cumpliendo, en cuanto a la forma, «la ley personal de cualquiera de ellos» (Código Civil, artículo 50).

Para el fondo o lo sustantivo —que es lo que aquí nos interesa— deberá estarse a la aptitud personal de cada uno según su propia ley personal o de vecindad civil española, así, una vez más, debe destacarse en que como nos recuerda Nieto (2021) «el adolescente aragonés ya con catorce años no está incurso en la prohibición matrimonial del art. 46.1 CC español» (p. 398), justo por no haber ninguna norma estatal que prohíba el matrimonio al menor de catorce años, sino solo a los «menores de edad no emancipados», de ahí que ya las RDGRN de 23 febrero de 1989 y RDGRN de 27 mayo 1994 lo admitiesen para sendos matrimonios de una joven de doce años y en otra de una de catorce años. Ello fue posible, (Nieto, 2021, p. 400), dado que la edad mínima para contraer matrimonio en la legislación española estaba

fijada en doce años para la mujer y, posteriormente, en catorce. El incremento paulatino de la edad para contraer matrimonio está fundado en la misma evolución de la sociedad, en que se ha atrasado muy sustancialmente la edad en que se contrae matrimonio, como, y, sobre todo, por la protección de las adolescentes.

En lo que son los capítulos matrimoniales debe señalarse que rige, como regla general, la de *habilis ad nuptias*, *habilis ad pacta nuptialia*, parece lógico y coherente que sí se puede contraer matrimonio que se pueda pactar el REM (Código Civil, artículo 1315). Pero junto a que tienen que otorgarse en escritura pública, con carácter constitutivo (Código Civil, artículo 1317; STC 39/2012, de 14 de febrero), que descarta que puedan entenderse modificado el REM por convivir como si fuese otro, o incluso por así manifestarlo en escritura pública, sino es de capítulos, por lo que no basta que sea al comprar o al hacer testamento. Y, lo que es la capacidad, viene determinada por el artículo 1329 del Código Civil (en concordancia con el art. 46.1 CC) al precisar que:

> El menor no emancipado[15] que con arreglo a la ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación.

Lo que parece coherente con que ninguno mientras duren estos dos REM altera la situación patrimonial del cónyuge (incluso el artículo 1414 del Código Civil, para el de participación, habla de que les pertenecerá en «pro indiviso ordinario»), pero igual de cierto es que el de participación si hay que liquidarlo e incluso cabe fijar unas reglas de liquidación, con proporciones distintas, así artículo 1429 del Código Civil, con la cautela del artículo 1430 del Código Civil que exige que, cuando existan descendientes no comunes, la participación solo podrá ser por la mitad y, ciertamente, si al extinguirse aún se fuese menor y se quisiera conforme al artículo 1432 del Código Civil que fuese con adjudicación de bienes concretos, se necesitaría del concurso de los progenitores o tutor, por ser un acto de disposición, artículos 166 y

15 De acuerdo con art. 46.1 CC, con idéntica mención.

224, con remisión al 287 del Código Civil, y si ya se es emancipado, artículo 247 del Código Civil; salvo que siendo mayor de dieciséis años se le aplicará, cuando intervengan los progenitores el artículo 166.3 del Código Civil. Pero, incluso en el REM de separación, si hay varios bienes, podrían hacerse lotes y en este caso habría que estar —igualmente— a los artículos que se acaban de citar por ser, también, un acto dispositivo. Por tanto, una cosa será su constitución y otra, que puede ser bien distinta, su extinción, liquidación y adjudicación de bienes concretos.

Además, como disposiciones generales, también conocido —por influjo del derecho francés— como REM primario, se regulan las siguientes materias, así:

a) *Libertad de pacto sin más limitaciones que las del propio CC*. Entre los que, con los límites del artículo 1255 del Código Civil (leyes, moral y orden público, tanto jurídico como económico), se pueden incluir los pactos en previsión de la ruptura matrimonial (*prenupts*, Gaspar, 2011, pp. 1041-1074 y Paz-Ares, 2023, pp. 239-277), al haberlos admitido la doctrina y jurisprudencia (STS 807/2007, de 31 de marzo y STS 428/2022, de 30 de mayo, que encuadra los llamados negocios jurídicos de derecho de familia), aunque no los regule expresamente el CC, si bien no requieren de escritura pública, a diferencia del artículo 231-20 del CCCat.
b) *Sometimiento de sus bienes al levantamiento de las cargas del matrimonio*. En que como señala el artículo 1318 del Código Civil, si uno carece de bienes, lo que puede ser más frecuente en el cónyuge menor, los gastos necesarios de litigios que redunden en provecho de la familia, «sin mediar mala fe o temeridad»:

> se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando la posición económica de este impida al primero, por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la obtención del beneficio de justicia gratuita.

c) *Ejercicio de la potestad doméstica por cualquiera de los cónyuges*. Dispone el artículo 1319 del Código Civil que cualquiera de ellos

«podrá realizar actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma». La responsabilidad por las deudas así contraídas será solidariamente de los bienes comunes y los del que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge. Con derecho de reintegro «de conformidad con su régimen matrimonial» a favor del cónyuge que haya aportado caudales propios.

d) *Disposición de la vivienda habitual.* Como una emanación de la protección constitucional de la vivienda (CE'79, artículo 47.1), que no de cada REM, pues está, por otra parte, en las disposiciones generales, el artículo 1320 del Código Civil exige que cuando se trate de la vivienda habitual, aunque la iniciativa a la disposición corresponderá al cónyuge titular, no podrá enajenarse sin consentimiento de ambos cónyuges, o de autorización judicial, que solo puede suplir la voluntad del no titular. Al hilo de esta vivienda familiar, y por ser lo más habitual que se dé en los jóvenes matrimonios (sin medios con los que adquirir o arrendar su domicilio familiar), debe señalarse que cuando progenitores, abuelos u otros familiares les dejan vivir sin contraprestación, ni tiempo fijado, se discutió si era comodato (Código Civil, artículo 1740, 1.er inciso), o mero precario, como acto de mera tolerancia (Código Civil, artículo 444), con la consecuencia de poderse recuperar en cualquier momento, y que se pretendía cuando se producía la ruptura familiar, y no era infrecuente que se pretendiese la interversión del título, lo que ha negado la jurisprudencia, junto a considerar que puede ser simple precario (SAP Las Palmas, secc. 15, de 12 de diciembre de 2013, rec. 852/2012, con resumen de la diversa jurisprudencia, y como hay temas globales, la jurisprudencia italiana Cass., sez. Unite, n. 13603, 21 Iuglio 2004 y Cass., sez. Unite, n. 20448, 29 Settembre 2014 y Corte di Cassazione, sezione III Civile, Sentenza 10 luglio – 18 novembre 2014, n. 24468).

e) *Contratación entre los cónyuges*. Está contemplada en los artículos 1322 a 1324 del Código Civil donde se recoge que los actos de administración o disposición que se requiera del consentimiento de

ambos y que no se obtenga, ni se confirmen (no dice ratifiquen) expresa o tácitamente «podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos», la impugnación, por caducidad, durante cuatro años se contempla en el artículo 1301.5 del Código Civil, a lo que se debe unir, cuando un cónyuge es menor, los ya dichos, artículos 1302.2 y 4 del Código Civil y 1304 del Código Civil. Sin olvidar que cuando un cónyuge es menor de edad, artículo 248 del Código Civil, bastará el consentimiento de ambos, si el otro es mayor, y de ser ambos el de los progenitores o defensor judicial de uno y otro. Pero, aún así puede darse el caso que disponga solo el cónyuge menor. Igual que los cónyuges pueden contratar entre sí (Código Civil, artículo 1323) y, finalmente, en materia de prueba, dada la confusión de bienes que puede haber, más si uno es menor de edad (no pocas veces para evitar asentimientos de terceros —aunque estos sean los progenitores—), se dispone, artículo 1324 del Código Civil, que:

> será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos [la determinación de quiénes son herederos forzosos está en el art. 807 CC, y lo son tanto los hijos y descendientes, como los padres y ascendientes, y, además, en la forma y medida que establece el propio CC, el viudo o viuda, no lo es igual que los otros pero la forma y medida no le priva de serlo] del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.

7. El niño o menor de edad en la sucesión hereditaria y en materia de donaciones

En lo que es la presencia del niño, adolescente , en general, el menor de edad, en el ámbito sucesorio, para mejor determinarlo exige distinguir, por un lado, lo que es la planificación sucesoria, sea por testamento o donde se admita, por pacto sucesorio, y —por otro lado— lo que es la adquisición y repudiación de la herencia, así como la partición y

la adquisición de la posesión hereditaria. Y, en consecuencia, pueden diferenciarse los siguientes extremos, así:

a) *Testamentos que pueden otorgarse por el menor de edad, y determinación de quiénes pueden ser testigos*. Conforme al artículo 663.1 del Código Civil pueden testar todas las personas que tengan catorce años, como regla general. La razón de ser de esta corta edad es que iba relacionado con la que se podía contraer matrimonio, que lo podría ser incluso antes en el ámbito del Derecho canónico, así conforme el canon 1072 habla de procurar que no sea antes de haber alcanzado la edad «en la que según las costumbres de la región se suele contraer»; para el 1095.1 exigir de suficiente uso de razón; y el 1096 habla de pubertad, los tres del Codex Iuris Canonici; actualmente, en el CC español, artículo 46.1, no lo pueden contraer los menores de edad no emancipados (requiriéndose los dieciséis años, como se ha indicado, para poderse emancipar, salvo el supuesto ya dicho de Aragón). Sin embargo, esta edad queda excepcionada cuando se trata del testamento ológrafo, que «solo podrá otorgarse por personas mayores de edad» (Código Civil, artículo 688.1) —aunque es más generoso el CCCat que lo admite para «las personas mayores de edad y los menores emancipados» (Código de Leyes Civiles de Cataluña, artículo 421-17.1)—. Es de observar que ambos códigos se refieren a un estado civil y no a una edad concreta, como sí hacen para testar, en general, con los catorce años (Código de Leyes Civiles de Cataluña, artículo 421-4) que, además, exige tener capacidad natural. En el ámbito del CC, tras la reforma operada por Ley 8/2021, aunque sigue siendo personalísimo, artículo 670 del Código Civil, lo cierto es que el artículo 663.2 del Código Civil solo lo prohíbe a la «persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello».

Los testigos instrumentales en los testamentos, según el artículo 681, primero, del Código Civil, requieren no ser menores de edad; salvo que sea un testamento en caso de epidemia, en que podrá hacerse «ante tres testigos mayores de dieciséis años» (Código Civil, artículo 701).

b) *Exclusión del menor como otorgante del pacto sucesorio (sea de adquisición o renuncia), pero no como beneficiario, allí donde se admite la sucesión contractual*. Los pactos sucesorios están prohibidos en el CC español, artículo 1271.2 CC; no es lo que sucede en nuestros otros derechos civiles, así, el CCCat, artículo 431-4, 1.er inciso, exige ser mayor de edad y tener capacidad de obrar plena; lo que parece coherente con ser un contrato, aunque sea sucesorio y, con su, como regla general, irrevocabilidad.
c) *Adquisición de la posesión hereditaria*. Aparece indubitado que el heredero «sucede» en la posesión al causante (artículo 442 del Código Civil), y por ser cuestión personalísima —que afecta a cada persona en cuanto tal, no por la posición en la relación jurídica— el sucesor:

> no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que le afectaban; pero los efectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante.

Aparece indiscutido que esta «sucesión» en la posesión se dará igual en los niños, que en los adolescentes, o los emancipados o mayores de edad, pero igual de cierto es que no podrán imputárseles de igual forma si conocían o podían conocer los vicios de su causante, raramente se le podrá imputar a un niño o incluso a un adolescente; de igual manera diferente es hablar del *ius possessionis* y otra del *ius possidendi*, pues el heredero menor de edad, cierto que tendrá el derecho a poseer que deriva de ser un *possessor pro herede*, pero solo a través de sus representantes legales tendrá el poder de hecho —*ius possessionis*— sobre los mismos, pues este último es el que la Ley no puede transmitirle (Valdecasas, 1954, p. 315).
d) *Condición de heredero o legatario y su aceptación o repudiación por los menores de edad, y goce del beneficio de inventario*. No es la edad lo que determina el que se pueda ser o no heredero o legatario, pero sí es imprescindible su misma existencia (ahora vinculada al mismo momento del nacimiento sin necesidad de ningún transcurso

de tiempo, artículo 30 del Código Civil) y, por ello, sucede que —en aquellos sistemas que exigen, al modo del Derecho romano clásico, la necesidad de la institución de heredero (artículo 423-1.1 CCCat)— legatario podrá ser cualquiera, incluso los no nacidos (artículo 427-2 CCCat), pero, por el contrario, heredero solo podrán ser los nacidos o concebidos (artículo 412-1 CCCat), como también puede establecerse que sean fideicomisarios los no nacidos ni concebidos, artículo 426-24 CCCat, pero no ya directamente; no es, sin embargo, esta la dirección que sigue el CC español, y no lo es dado que no exige que haya heredero para la validez del testamento, unido a que la herencia puede ser testada en parte y en la otra parte ser intestada. Se admite, también, que pueda designarse en estos testamentos —del CC español— heredero incluso a los no nacidos (RDG de 27 de diciembre de 1982), y sus bienes se sujetarán a administración hasta que nazcan o sea evidente que ya no llegarán a existir; otra vía indirecta es la sustitución fideicomisaria, que aquí, también al modo del Derecho romano clásico, no es infrecuente que se estipulen cláusulas sobre el tránsito o la libertad de disposición de los bienes según se hayan tenido o sobrevivan hijos de más de catorce años, por ser la edad mínima para testar, lo que igualmente puede hacerse en el CC español, aunque sea más infrecuente por la innecesario de la institución de heredero.

La determinación de qué edad se necesita para aceptar o repudiar la herencia viene resuelta por el artículo 992.1 del Código Civil al disponer que: «Pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes», y esta como se ha visto no la tienen los menores de edad, por lo que deberán aceptar sus representantes legales; y, además, para repudiar, conforme al artículo 166.2 del Código Civil:

> Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia solo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

Los tutores y los curadores, por *mor* del artículo 224 del Código Civil que se remite al artículo 287 del Código Civil, no podrán «aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades» (Código Civil, artículo 287.5).

El emancipado queda equiparado al mayor de edad (Código Civil, artículo 247.1) y, además, entre los supuestos que requiere de sus progenitores o, en su defecto, del defensor judicial, no se cita la herencia (ni para aceptarla ni para repudiarla).

Trascendente, también, en orden a ser heredero o legatario es determinar desde qué edad se podrá desheredar a un posible legitimario, ha sido tradicional unirlo a la mayoría de edad, así podría desheredarse al hijo, pero no a los nietos, por ser menores; no obstante, la RDG de 15 de enero de 2024 considera que sí podría desheredarse al menor de catorce años, y así dice:

> de modo que deba partirse de su inimputabilidad a falta del correspondiente pronunciamiento judicial sobre las condiciones de madurez del menor que le hagan apto para ser sujeto pasivo de la desheredación. Y, bien, puede entenderse que ese límite de edad no es otro que el de catorce años, que es la edad exigida para otorgar testamento —salvo el ológrafo— así como la establecida como límite mínimo para la exigencia de responsabilidad sancionadora con arreglo a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (artículo 3, según el cual a los menores de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a dicha ley) […].

e) *Partición de la herencia y presencia de contador partidor o albacea*. En la partición de la herencia todo lo que no sea adjudicación conforme a la previsión legal, o sea cuotas indivisas, que pueden estar gravadas con el correspondiente usufructo del cónyuge sobreviviente, según el artículo 834 del Código Civil, implica un acto dispositivo, así cuando se quieren adjudicar bienes concretos, y, por ello, se aplicarán los ya vistos artículos 166.1 del Código Civil, para los menores de edad; artículo 247 del Código Civil para los

emancipados; y artículo 287.2 del Código Civil para los curadores y, también, para los tutores, por remisión al mismo del artículo 224 del Código Civil.

Supuesto específico es el de la persona que en modo alguno pueda exteriorizar su voluntad (si es que por su estado incluso puede llegar a conformarla), y, por ello, necesite un curado representativo, que actuará como su representante legal, en este caso el artículo 289 del Código Civil precisa que para «la partición de la herencia o la división de la cosa común» no se requerirá de autorización judicial, pero «una vez practicadas requerirán aprobación judicial», y concluye indicando que: «Si se hubiese nombrado un defensor judicial para la partición deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento».

Es caso ya resuelto por RDG de 28 de mayo de 1924 el de la viuda a la que se adjudican bienes concretos, con herederos menores de edad, y —al efecto— declara inscribible la escritura de partición y adjudicación de bienes concretos hecha por los contadores, partidores nombrados por el testador, junto con la viuda, herederos y defensor judicial de los herederos menores de edad, en la que se adjudican a la viuda todos los bienes en pago de las aportaciones hechas por esta al matrimonio, sin que deba exigirse prueba de las mismas. Al igual que va más allá de lo particional, RDG de 26 de enero de 1998, implicando un acto dispositivo, con necesidad de autorización judicial, aunque interviene el representante legal del heredero menor de edad.

La función de albacea está prohibida al menor, así el artículo 893 del Código Civil dispone que: «No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse.

El menor no podrá serlo, ni aun con autorización del padre o tutor». Otro tanto cabría decir para el contador partidor, aunque lo cierto es que el artículo 1057 del Código Civil se limita a hablar de cualquier persona que no sea uno de los coherederos, pero por sus funciones parece innecesario decir que requerirá la misma capacidad que el albacea.

f) *Las donaciones inter vivos y post mortem con presencia de menores*. Es habitual tratar —por ser una adquisición gratuita— de las donaciones junto con el fenómeno sucesorio, y dentro de las donaciones inter vivos, sean o no con efectos post mortem, se hace necesario distinguir, el donante y el donatario y si es la donación totalmente gratuita y sin carga, o si es condicional, onerosa o gravada. Dichas distinciones son necesarias, dado que:

- ***Solo los mayores de edad pueden hacer donaciones por sí mismos.*** Así el artículo 624 del Código Civil precisa que: «Podrán hacer donación [sin distinguir si es onerosa o condicional, con efectos de presente o al momento de fallecer el donante, pero ya irrevocable, o sea con efectos post mortem, frente a la mortis causa que sería revocable, pero que el CC no admite al asimilarla a los legados] todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes», por lo que para emancipados y sujetos a tutela o curatela o incluso a la patria potestad, me remito, una vez más, a los artículos 166.1 del Código Civil, artículos 224 con remisión al artículo 287 del Código Civil, también, artículos 247 y 248 del Código Civil.
- ***Los menores de edad sí pueden aceptar algunas donaciones.*** En efecto, los menores de edad, en cuanto puedan consentir, es decir, en cuanto tengan suficiente juicio (pues lo contrario es que, al faltar el consentimiento para aceptar, no habría donación, pues el artículo 629 del Código Civil dispone que la donación «no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación») pueden aceptar donaciones que no sean «condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes» (Código Civil, artículo 626) (*in extenso*, Nieto, 2016, p. 8). También, se podrán hacer donaciones a los concebidos y no nacidos que deberán ser aceptadas por las personas que sean sus representantes legales, «si se hubiera verificado ya su nacimiento» (Código Civil, artículo 627).

  Como cuestiones concretas, ya resueltas, están la RDG de 19 de agosto de 1982 en que la renuncia pura y simple a un usufructo la considera una donación, y la RDG de 3 de marzo de 1989 admite que unos menores de dieciséis y diecisiete años

acepten la donación por sí mismos, pero —cabe entender— que podrían incluso a partir de los doce años, pues si se les debe oír —como se ha visto— no hay razón, en cuanto no les perjudica para que no puedan aceptar, aunque —sin duda— siempre habrá que valorar la onerosidad, dado que se deben pagar diversos.

La repudiación de las donaciones como acto dispositivo queda sujeto a estas limitaciones según quienes sean los repudiantes, así, para los progenitores (Código Civil, artículo 166, 1.er inciso), cuanto trata de la renuncia en general; para los emancipados, el artículo 247 del Código Civil habla de enajenar, pero no de renunciar, aunque —cabe entenderla— sometida a igual requisito por poderle ser incluso más perjudicial; los curadores, según el artículo 287.4 del Código Civil, que no permite renunciar derechos, asimismo, idéntica regla para los tutores, por la remisión del artículo 224 del Código Civil.

8. Ámbito de actuación del menor en el derecho societario

Es habitual discutir si el menor, por sí o a través de sus representantes legales, puede continuar el negocio comercial heredado o si lo puede constituir (por sí o través de sus representantes legales), con todo lo dicho previamente y la progresiva autonomía y reconocimiento de la misma al menor, parece que no solo puede continuarlo, sino que también puede crearlo —según la edad por sí o por medio de sus representantes legales— y, desde luego, ser socio de una sociedad; al efecto, el artículo 5 CCom español dispone que:

> Los menores de dieciocho años podrán continuar, por medio de sus guardadores [debe entenderse sus representantes legales], el comercio que hubieran ejercido sus padres o sus causantes. Si los guardadores carecieran de capacidad para comerciar, o tuviera alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio.

Admitido que pueden ejercer el comercio y ser socios de sociedades, limiten o no la responsabilidad; las otras dos cuestiones que se plantean son, primera, la de si son ellos los comerciantes (que es lo que debe entenderse) o sus representantes (que son tales y no necesariamente comerciantes), de la misma forma que pueden los causantes nombrar unos administradores concretos del patrimonio empresarial (artículos 162.3; 164.1 y 2 del Código Civil español) y es, la segunda cuestión, si pueden ser administradores o representantes orgánicos —tal que administradores mancomunados o solidarios— para lo que debe tenerse presente que, el artículo 164.3 del Código Civil les permite, si son mayores de dieciséis años, la administración ordinaria por sí solos (para la disposición requerirán de los padres), y como tal administración ordinaria deberá considerarse todo lo que entre en el objeto social y tráfico habitual de la empresa, comercio o sociedad mercantil; pero, además, si son emancipados podrían ser, por sí, administradores dado que no hay ninguna limitación al efecto en el artículo 247 del Código Civil, salvo que no podrán gravar o enajenar establecimientos mercantiles o industriales, pero, por tanto, sí administrarlos; más explícito es el artículo 211-12.1.b) CCCat que exige al emancipado, para aceptar el cargo de administrador de una sociedad, el complemento de capacidad. Esta fue también la opinión de la RDG de 24 de febrero de 1986, en base a la falta de capacidad para el ejercicio del comercio, en contra de este criterio se manifiesta Pau (1998, p. 124), por entender que el criterio tendrá que ser que las funciones representativas de los administradores, en la esfera externa, es ilimitada, por lo que podrían vincularla por actos que no pueden realizar, pero que la protección de terceros obligaría a la sociedad.

9. Conclusiones

Conclusión principal, y básica, para la interpretación de todo el Ordenamiento jurídico español es que el menor no solo tiene capacidad jurídica, sino, también, capacidad de ejercicio, por sí solo, y sin necesidad de complemento o asistencia como regla general, por lo que, frente a lo que fue criterio tradicional, solo se puede excluir su

actuación cuando expresamente se le excepciona, y como excepción debe interpretarse restrictivamente, tanto lo que regulan las nuevas leyes, como lo que son reglas subsistentes de lo que fue la antigua regulación o resoluciones administrativas o jurisprudenciales.

La anulabilidad es la sanción a la falta de asistencia, aunque durante algún tiempo la jurisprudencia española se inclinase por la teoría del negocio incompleto.

No existe ningún habito vedado a la actuación del menor, ni en el patrimonial, sea régimen económico matrimonial, sucesorio, contractual o de derecho de bienes, incluso el libre desarrollo de su personalidad, aunque en algún caso por ser el niño de tan corta edad habrá que considerar que no hay consentimiento, pues no sabe lo que decide, pero aquí el problema es de inexistencia de suficiente madurez, que se vertebra como concepto jurídico indeterminado básico, en el desarrollo patrimonial y personal del menor.

Referencias

Asamblea General de la ONU (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25. Nueva York: 20 de noviembre de 1989. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child

Bayod, M. (1997). La capacidad para capitular de los menores de edad en los Fueros de Aragón. *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, *5-6*, 9-36. https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/17/99/01bayodlopez.pdf

Bayod, M. (2011). Capacidad de los aragoneses menores de edad y mayores de catorce años. Disposición de dinero en cuenta corriente. *RDCA*, (17), 195-204. https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/32/29/06bayod.pdf

Bayod, M. (2015). Capacidad de las personas por razón de la edad. El menor mayor de catorce años. En J. Delgado (dir.), *Código del Derecho foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*

(pp. 128-135). https://estatuto.aragon.es/sites/default/files/derechoForalAragon.pdf

Carrasco, Á. (2021). *Derecho de los contratos* (3.ª ed.). Civitas.

Carrasco, Á. y González, C. (2017). *Introducción al Derecho y Fundamentos de Derecho Privado* (2.ª ed.). Tecnos.

Código Civil (2011). Ministerio de Justicia y de la Agencia Estatal. Boletín Oficial del Estado.

Código de Leyes Civiles de Cataluña (2024). Boletín Oficial del Estado.

De Castro, F. (1968). *Compendio de Derecho civil I. Introducción al Derecho civil* (vol. 2). Instituto de Estudios Políticos.

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. *Boletín Oficial de Aragón*, *67*, de 29 de marzo de 2011.

Díez-Picazo, L. y Morales, A. (colab.) (1973). *Persona y Derecho.* Poligraf.

García-Valdecasas, G. (1954). La doble naturaleza de la posesión. *Anuario de derecho civil*, *7*(2), 309-318. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1954-20030900318

Gaspar, S. (2011). Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad. *Anuario de Derecho Civil*, *64*(3), 1041-1074. https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/3679

Gete-Alonso, M. (2001). La edad. En Ll. Puig, M. Gete-Alonso, J. Gil y J. Hualde, *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derecho de la persona* (3.ª ed.) (pp. 161-187). Marcial Pons.

Hernández, A. (1980). *La posesión*. Civitas.

Ley 20/2011, Ley del Registro Civil (21 de julio de 2011). https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/dof/spa/pdf

Linacero, M. (2013). *Tratado del Registro Civil*. Tirant lo blanch.

Méndez, J. (2023). El consentimiento de los menores para el uso de sus datos personales. Especial referencia a redes sociales. En J. Martínez (dir.), *La protección jurídica del menor en el derecho comparado* (pp. 325-344) (1.ª ed.). Editorial Prensas de la Universidad de Zaragoza. https://centrodelafamilia.uc.cl/images/Noticias/BOOK-2023-006.pdf

Nieto, A. (2016). Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales. *Revista de Derecho Civil*, *3*(3), 1-47. http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/223/167

Nieto, A. (2021). La edad núbil en el ordenamiento español tras la reforma del 2015: especial incidencia del derecho foral. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (14), 380-405. https://idibe.org/wp-content/uploads/2021/03/9._Alejandro_Nieto_pp._380-405.pdf

Pau, A. (1998). *La capacidad en los negocios sobre inmuebles*. Centro de Estudios Registrales.

Paz-Ares, I. (2023). La autonomía privada y la organización patrimonial de los matrimonios transfronterizos. *Revista de Derecho Civil*, *10*(4), 239-277. https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/923

Pérez, A. (2018). Notas sobre la comunidad de bienes: reglas básicas y algunas cuestiones litigiosas. *Derecho PUCP*, (80), 239-277. https://doi.org.10.18800/derechopucp.201801.007

Pineda, M. (2024). *La nueva configuración del sistema matrimonial español*. Colex.

Rollán, I. (2019). *Protección del menor y mercantilización del fútbol: una visión desde el derecho internacional privado* [Trabajo final de Grado, Universidad del País Vasco]. https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/47981/TFG_Rollán.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Santos, M. (2011). Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor. *AFDUAM: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (15), 63-93. https://repositorio.uam.es/handle/10486/662984

Serrano, Á. (2017). Comunidades de bienes: Regulación positiva, situaciones dudosas y pactos convencionales. En V. Garrido de Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado. Derechos reales* (vol. 1, 2.ª ed.) (669-854). Civitas-Aranzadi.

Toral, E. (2020). Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía, *Derecho Privado y Constitución*, (36), 179-218. https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.36.05

Toro, Y. (2022). *Relevancia del discernimiento en la capacidad jurídica de menores de 16 años en el artículo 43 del Código civil* [Tesis de licenciatura, Universidad Señor de Sipán]. https://hdl.handle.net/20.500.12802/10401

Varela, I. (2016). El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor. *Boletín del Ministerio de Justicia*, (2189), 1-59. https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/6236

Derechos Humanos de niñas, niños y adolescentes: de lo declarativo a la garantía efectiva

Amelia de los Milagros López
Defensoría de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Córdoba, Argentina
amelia.lopez@cba.gov.ar

1. De la invisibilidad a sujetos de derecho: el largo camino hacia la convención

La Declaración de los Derechos Humanos —adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948— representó un punto de inflexión para la humanidad en el reconocimiento y la protección de los derechos básicos e inalienables considerados fundamentales para la dignidad humana, la igualdad y la justicia. Por primera vez en la historia, se estableció un marco universal que reconoció que todos los seres humanos, independientemente de su origen, raza, género, religión o condición social, poseen derechos inherentes a su condición humana que deben ser respetados y protegidos. Estas afirmaciones marcaron un cambio significativo en la forma en que es posible entender y abordar el desarrollo global de la humanidad.

La Declaración de los Derechos Humanos, desde una perspectiva sociológica y política ha tenido un impacto profundo en la evolución de los paradigmas y, consecuentemente, en la organización de los Estados y las democracias en todo el mundo. Sus principios y valores son los fundamentos sobre los cuales se construyen las sociedades democráticas, contribuyendo a crear una nueva perspectiva en la generación de los marcos normativos que sostienen la formulación de políticas públicas, las legislaciones y la jurisprudencia en muchos

países. Asimismo, se constituye en uno de los instrumentos sustanciales en la lucha contra la opresión, la discriminación y la injusticia, invocada para exigir cambios y reformas que promuevan la igualdad y la justicia social. Es —sin duda— un punto de referencia moral y legal para desafiar regímenes autoritarios y abusivos, y para avanzar hacia sociedades más justas y democráticas.

Aquella declaración —surgida en el contexto posterior a la Segunda Guerra Mundial, cuyo fin fue evitar los horrores y las atrocidades experimentados— se refirió poco a niñas, niños y adolescentes (principales víctimas de aquel contexto), pero abrió el camino para llegar a lo que se constituiría varias décadas después en un cambio paradigmático revolucionario en relación al tercio de la humanidad compuesto por infancias y adolescencias: la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es el instrumento que posibilita un giro en la concepción de la «protección», con el establecimiento del principio fundamental de que todos los seres humanos —sin excepción— tienen derechos inherentes que deben ser respetados y protegidos. Se trata de una incipiente explicitación jurídica internacional de la consideración como «sujetos de derechos» de niñas y niños que iniciará el camino que permitirá dejar de lado aquella mirada de «objeto de protección» que venían sosteniendo las acciones públicas de todos los Estados hacia la niñez.

La introducción del artículo 25 inciso 2 enfatiza la importancia de brindar cuidados y asistencia especiales tanto a las madres como a los niños, también reconoce su vulnerabilidad, con esto se constituye en uno de los fundamentos y pilares de la Convención sobre los Derechos del Niño (asimismo, el principio de protección especial, retomado en su artículo 19). Es desde este punto de partida que se inicia un nuevo trayecto que obliga a profundizar la comprensión de las particularidades y especialidad que supone la condición de niñas y niños, con ello emerge la necesidad de un tratado dedicado exclusivamente al tema, en el cual se retomen los principios y los derechos consagrados en la Declaración de Derechos Humanos incluido el derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la no discriminación, el acceso a la educación y la protección contra la explotación y el abuso.

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), y su posterior ratificación y puesta en vigencia en 1990, no significó un final de trayecto, por el contrario, marcó un nuevo inicio, ya que el cambio de la mirada tutelar —de la situación irregular o del patronato— había impregnado siglos de cultura, de formación disciplinar, de jurisprudencia, de instituciones y de hábitos de crianza. Un cambio de tal magnitud no resultaría mágico —ni inmediato—, de hecho mostró y aún evidencia múltiples resistencias en el inconsciente colectivo de sociedades, sistemas e instituciones no siempre explicitadas pero vigentes. Se trata de una transformación que todavía necesita ser asumida, porque no son suficientes legislaciones y cambios en los formatos institucionales, se trata de una metamorfosis cultural global que requiere ser «aprehendida». A decir de la pediatra y psicoanalista francesa Dolto (1994): «Para el adulto, es un escándalo que el ser humano en estado de infancia sea su igual». Y de este escándalo global se trata la convención.

De la invisibilidad pública de siglos de niñas y niños, tenidos solo como adultos en miniatura, incapaces jurídicos, siendo objetos de protección tutelados por el Estado, cuando el drama de la guerra con la pobreza subsiguiente dejó miles de niñas y niños sin familia, a declararlos formalmente sujeto de derechos fue un largo trayecto de invisibilización. Hoy, luego de treinta y cinco años, ese camino afronta nuevos desafíos y una realidad de desigualdad extrema que conlleva una gran movilidad humana y de violencia global, y nos demanda volver a mirar la multiplicidad de instrumentos jurídicos nacidos en torno a la convención para tratar de encontrar aquellos elementos que contribuyan a hacerla realidad.

2. La Convención sobre los Derechos del Niño: del Sistema Tutelar al Sistema Integral

Antes de abordar los instrumentos de efectivización y exigibilidad, resulta necesario puntualizar algunas reflexiones que ayuden a comprender las razones por las que niñas y niños nos exigen, además de legislación específica, su aplicación concreta, a fin de generar

jurisprudencia sobre la temática, e instituciones especializadas que enfoquen sus demandas en todos los campos del quehacer.

Las infancias y las adolescencias estuvieron tradicionalmente confinadas al universo privado de las familias y, por tanto, era el mundo adulto el que ejercía su derecho (entendido como poder sobre este colectivo) exigiendo como respuesta de las niñeces obediencia y disciplinamiento. Con idéntica lógica se construyeron en la modernidad otros ámbitos de desarrollo de niñas, niños y adolescentes como el sistema educativo. El modelo tutelar —o del patronato— se sostiene en una mirada adultocéntrica y es una expresión más del paradigma del patriarcado, ya que establece modelos vinculares de dependencia y subordinación. Tal como lo define el protocolo de acceso a la justicia para niñas y niños del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, se trata de: «Un paradigma interpretativo que privilegia la mirada de la persona adulta como única forma válida de comprender la realidad, y desvaloriza las opiniones, experiencias y miradas de la niñez y adolescencia» (Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 2020).

Esta concepción de los vínculos entre adultos e infancias y adolescencias queda derribada con la Convención sobre los Derechos del Niño que vino a reafirmar, profundizar y ampliar aquella consideración de niñas y niños como sujetos de derecho beneficiarios de protección especial, que había sido esbozada en la Declaración de Derechos Humanos.

Tal como lo expresa la Observación general 12 del Comité del Niño en su punto 2, la convención y el conjunto de los derechos que allí se explicitan deben ser interpretados en relación a cuatro principios generales que se constituyen en el soporte para la toma de decisiones en el accionar cotidiano con niñas y niños. Estos principios generales, desglosados en artículos diferentes y desarrollados —posteriormente— para su comprensión en distintas «observaciones generales» por parte del Comité del Niño, atraviesan el conjunto de la convención, marcando también el funcionamiento de lo que luego desarrollaremos como Sistema Integral de Protección y obligando a todos los actores del sistema a interpelarse ante cada decisión que se deba tomar. Ellos son: el principio/derecho a no ser discriminados (artículo 2),

el principio del Interés Superior (artículo 3), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6) y el derecho a ser oídos, opinar y que su opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos que les afectan (artículo12). Los cuatro están íntimamente relacionados y frente a cada caso en concreto deben ser puestos en consideración, y sopesados de modo que las decisiones resulten siempre reparadoras de cualquier vulneración.

La convención debe leerse y comprenderse desde una perspectiva de capacidad, integralidad y progresividad en relación a niñas, niños y adolescentes. Este cambio tan radical de configuración requirió una transformación institucional a fin de que el texto no se constituya en un conjunto de buenas intenciones. Es así que en el propio texto en su artículo 4 insta a los Estados a «adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos» por tanto. además de la necesaria recepción normativa, los Estados debieron provocar modificaciones institucionales profundas. Y es aquí donde comienzan a ponerse en tensión los sistemas en que se organiza el Estado. Ya que supone una salida del mundo de lo privado del universo total de niños y niñas, requiriéndose acciones de promoción de derechos y de acompañamiento a las familias, pero —también— nuevas funciones para la administración y una profunda modificación en las competencias del mundo judicial.

Uno de los rasgos que caracterizó el sistema preconvencional fue precisamente la consideración de los niños desde una concepción negativa, como incapaces que requerían un abordaje especial por ser «menores en situación de riesgo o peligro moral o material» (Beloff, 1999), categorías que justificaban la tutela y hasta la criminalización de la población de mayor vulnerabilidad social, para los cuales el sistema argumentaba medidas estatales y judiciales coactivas. Claro que el resto, el que no sufría pobreza o abandono, era otra parte del universo de la infancia.

La mirada universal de la perspectiva de derechos demandó también un sistema integral que atendiera a las necesidades de todas y todos. La definición de «protección integral» está comprendida como protección de derechos y, por tanto, es universal y aplicable a cada

niña(o) por su condición de ciudadana(o), más allá de las condiciones de edad, de procedencia, sociales o económicas de cada niña(o), por su condición de ciudadana(o). El sistema de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes incluye la creación y fortalecimiento de políticas, programas y servicios específicos para garantizar el cumplimiento de todos los derechos, e implica la participación activa de diferentes actores del Estado, incluyendo la sociedad civil, las familias y los propios niños. Su finalidad es garantizar la promoción, la protección, la defensa y la restauración de todos los derechos.

Sin embargo, el trayecto a la efectivización mostró serias dificultades a la hora de implementar reformas institucionales, así en el año 2017, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) evidenció preocupantes brechas en diferentes colectivos de infancias para el acceso a sus derechos, y retomando la Observación general 5 del Comité de Niño, enumeró taxativamente las que consideró como relevantes:

- Las políticas públicas, programas y servicios;
- Los mecanismos institucionales de articulación para la planificación, diseño, aprobación, aplicación, monitoreo y evaluación de las políticas públicas, considerando los diversos niveles territoriales (institucionalidad);
- Sistemas de acopio de datos y análisis de la información;
- Mecanismos independientes de vigilancia;
- Sistemas de difusión y sensibilización respecto de los derechos de la niñez;
- Recursos humanos especializados y en número adecuado;
- Recursos económicos suficientes para financiar las políticas, programas y servicios;
- Protocolos y estándares de actuación y prestación de los servicios, así como la gestión y tratamiento de casos y remisión de los mismos. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017)

En vista a las dificultades observadas en la organización de los sistemas nacionales de protección, la CIDH ofrece un detallado informe con el fin de «señalar las obligaciones, principios y estándares aplicables en el diseño y el funcionamiento de estos sistemas, de acuerdo con las obligaciones que se derivan del derecho internacional de los derechos humanos» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017).

De este modo le ofrece a los Estados algunos aportes sustantivos para mejorar la organización en todos los niveles incluido el local, recordándoles la necesidad de adoptar una política nacional de niñez, centrada en derechos, cuyo foco sean las niñas y los niños, de carácter integral, multisectorial y universal, y marcando los desafíos que emergieron en el monitoreo. Detallando, además, en los párrafos siguientes, y luego en los capítulos de desarrollo del informe, la centralidad del protagonismo de infancias y adolescencias, y las responsabilidades inherentes a las familias, y de las organizaciones de la sociedad civil.

Como queda explícito, la CIDH destaca la necesidad de instituciones y de políticas públicas y puntualiza la exigencia de mecanismos independientes de vigilancia lo que se relaciona con lo que se desarrollará más adelante en torno a la Observación general 2 presentada por el Comité del Niño en el año 2002, y que deviene del modelo estructurado en el sistema internacional de garantías nacido tras la Declaración de Derechos Humanos.

3. Las instituciones independientes de derechos humanos: un instrumento de garantía

La sola declaración de los derechos humanos, su aceptación y ratificación por parte de los Estados como acuerdo universal no ha sido ni es suficiente para promover y proteger los derechos humanos dentro de un país o a nivel internacional.

Fue necesario proponer institutos dotados de capacidad para afrontar las permanentes violaciones de los derechos humanos, tanto a nivel nacional como internacional. Uno de estos mecanismos de garantía son las instituciones independientes de derechos humanos,

a las que fue necesario dotarlas de autonomía con respecto a los gobiernos y otras autoridades. Esta independencia resulta un factor clave para el desempeño de su accionar de manera imparcial y sin interferencias o presiones indebidas, lo que deviene en crucial para su credibilidad, pero sobre todo para su efectividad.

Previo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos existían ya instituciones de defensa y protección de los ciudadanos frente a los abusos del poder estatal. Se trataba de la figura del «Ombudsman» que tuvo sus raíces modernas en Suecia, donde se creó la primera oficina de este tipo en el año 1809, aunque la inspiración estaba dada ya por el tribuno de la plebe, institución de la democracia romana antigua (Constela, 2007).

La figura del «Ombudsman» está centrada en la protección de los derechos individuales de los ciudadanos frente a la administración pública. Su tarea es la investigación de quejas y denuncias ciudadanas sobre acciones u omisiones de las autoridades estatales que puedan afectar derechos o intereses. Sin embargo, los «Ombudsman» del norte europeo, no fueron las únicas figuras de defensa de ciudadanos. En América Latina, ya en 1847, el Congreso del Estado de San Luis Potosí en México había decidido crear la Procuración de pobres, tal como reza en su artículo 2 su ley de creación por parte del Congreso del mencionado Estado mexicano, fue destinada a:

> la defensa de las personas desvalidas, denunciando ante las autoridades respectivas, y pidiendo pronta e inmediata reparación sobre cualquier exceso, agravio, vejación, maltratamiento o tropelía que contra aquellas se cometieren, ya en el orden judicial, ya en el político o militar del Estado, bien tenga su origen de parte de alguna autoridad, o bien de cualquier otro funcionario o agente público. (Oñate, 2009)

Estas instituciones, sostenidas desde una perspectiva de protección de las personas frente a los abusos que el propio Estado podía cometer, son parte de los antecedentes que dan origen al concepto genérico de Instituciones Independientes de Derechos Humanos, buscando ocupar el lugar de garantía, observación y control para posibilitar

a los ciudadanos la exigibilidad de sus derechos. Históricamente, muchas de estas instituciones, particularmente las defensorías del pueblo en sus más diversas denominaciones, se establecieron después de periodos de conflictos armados, dictaduras o crisis humanitarias, al reconocerse la necesidad de instaurar mecanismos para prevenir abusos similares en el futuro y promover una cultura de respeto por los derechos humanos.

Es así que hacia la década de los 90 surgió la demanda creciente de fortalecer las instituciones nacionales encargadas de promover y proteger los derechos humanos. Se reconocía que, para garantizar la efectividad y la credibilidad de estas instituciones, era necesario establecer estándares claros que definieran su mandato, estructura y funcionamiento, y así se establecieron los llamados Principios de París, que fueron adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1993, como un conjunto de criterios que definen a las instituciones independientes de Derechos Humanos (Resolución 48/134, 1993).

Estos principios fueron el resultado de un proceso de consulta y negociación que involucró a diversos actores, incluidos Estados, organizaciones no gubernamentales y expertos en derechos humanos, y tuvieron como objetivo proporcionar un marco común internacional que sirviera como referencia para el establecimiento y la operatividad de dichas instituciones. Sus estándares y directrices son el soporte que garantizan su eficacia y legitimidad.

La Resolución 48/134 de Naciones Unidas indica como competencia específica la promoción y protección de los derechos humanos para lo que les otorga un mandato amplio en materia de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, disponiendo que esto debe quedar explicitado en el texto constitucional o legislativo de su creación, donde consten competencias, duración y elección de su autoridad, y procedimientos de revocación de mandato, constituyéndose este en uno de los estándares requerido: poseer ley de creación. Asimismo, deben desempeñarse en forma independiente del gobierno y de cualquier influencia externa para poder llevar a cabo sus funciones de manera imparcial y efectiva. Sus titulares deben ser seleccionados de manera transparente y representativa, y deben

garantizar el acceso y la participación de todas las personas en sus actividades, especialmente de aquellos grupos que son vulnerables o marginados, y colaborar —activamente— con organizaciones regionales e internacionales de derechos humanos, participando en redes de intercambio de buenas prácticas.

En síntesis, las instituciones nacionales independientes de derechos humanos, se extendieron en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe como herramientas eficaces para garantizar los derechos que le asisten a los ciudadanos. Han adquirido diferentes denominaciones y estructuras según el país, pero comparten el propósito común de salvaguardar los derechos humanos dentro de sus respectivos territorios. Se conectan y articulan a través de organismos globales como el Instituto Internacional del Ombudsman (IOI) con sede en La Haya, y/o a través de organizaciones regionales por continente, como son la Federación Interamericana del Ombudsman (FIO), que solo nuclea las nacionales de América Latina, y otras que incluyen —además— las instituciones de derechos humanos de carácter regional, o especializado (universitarias, de niñez) como es el Instituto Latinoamericano del Ombudsman - Defensorías del Pueblo (ILO). En el caso del resto de las regiones existen organizaciones asociativas, similares ejemplos de ello son la Caribbean Ombudsman Association (CAROA) o la Asociación Africana de Ombudsman y Mediadores (AMOA) para el caso del África. Todas las alianzas existentes tienen como finalidad, mejorar las prácticas en materia de derechos humanos, generar reflexión en torno a las funciones y nuevos desafíos y desarrollar acciones colaborativas (Moraes y Schiffrin, 2005).

Sin embargo, la efectividad y la independencia de estas instituciones pueden variar según el contexto político y social de cada país, su vacancia o el ataque hacia ellas es un claro signo del debilitamiento de las democracias y en no pocos casos encuentran resistencias para su accionar o quedan en vacancias por largos periodos.

4. La especificidad en la exigibilidad de derechos de niñas, niños y adolescentes

En el año 2002 —con la tarea de orientar el cumplimiento de la convención y, particularmente, profundizando su artículo 4 donde se insta a los Estados a tomar «todas las medidas posibles» para hacer efectivos los derechos consagrados— el Comité del Niño emite su segunda observación general recomendando la creación de «instituciones nacionales de derechos humanos y de defensores o comisionados del niño y órganos independientes análogos para la promoción y vigilancia de la aplicación de la convención» (Comité de los Derechos del Niño, 2007). Abre, también, la posibilidad de que, en caso de dificultades para establecer una nueva institución, realicen las adecuaciones legislativas, presupuestarias, o de especialización necesarias en instituciones similares existentes, a fin de que sean eficaces en la promoción y protección de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes.

Es la manifiesta intención del comité insistir en la necesidad de abordar el seguimiento y monitoreo de la convención en cada país, con criterios de especificidad y especialización, tal como se ha hecho con políticas globales de derechos humanos de grupos particularmente vulnerables. Esto no tiene una finalidad burocratizadora como algunos pretenden esgrimir a fin de postergar su creación, sino que está fundado en la vulnerabilidad propia de infancias y adolescencias como sujetos en desarrollo, y muy particularmente en los modelos culturales preexistentes que denotan la inexistencia de hábitos, costumbres y prácticas en la escucha de las opiniones de chicas y chicos y en la atención y puesta en relevancia de sus pretensiones.

Probablemente, los cambios más revolucionarios de la convención estén situados en los artículos 12, 13 y 15. Reconociendo en el artículo 12 la capacidad y el derecho de niñas y niños formarse un juicio, opinar y ser tenidos en cuenta considerando el concepto de autonomía y madurez progresiva, pero no conforme con ello esa afirmación es ampliada en el artículo 13 al explicitar el derecho a la libertad de expresión poniendo ya de relieve aspectos no solo de ámbitos privados o de procedimientos administrativos y judiciales, sino poniendo el énfasis en su inserción pública, reafirmado aún más

en el artículo 15 al proclamar el derecho a asociarse. Claramente, deja expuesta la condición ciudadana de niñas y niños con todos los beneficios y los límites puestos en el respeto a los otros que la condición ciudadana demanda.

La ciudadanía de infancias y adolescencias no es un concepto asumido por las democracias nacidas en la modernidad. La no participación desde el voto en los procesos políticos, veda implícitamente la participación social a través de otras herramientas —principalmente— porque el concepto de democracia tiene su énfasis puesto en la representación. De ahí que, en este sentido, la convención resulta también un desafío de transformación para las democracias no limitándolas a lo representativo, sino desafiándolas a lo participativo, toda vez que se asume que el voto no constituye la única herramienta de participación y protagonismo ciudadano, y que la democracia se construye con procesos permanentes de participación. En la consideración de la pensadora Hannah Arendt la esfera de los ciudadanos es lo público, donde cada individuo aporta desde su singularidad al bien común (Zapata, 2020). Es en lo público donde se pone en juego la igual dignidad de todos y todas.

La convención al sacar conceptualmente a infancias y adolescencias del mundo de lo privado y explicitar la oportunidad de expresarse y asociarse en lo público, trae al debate la ciudadanía infantil y una nueva mirada de las democracias a partir de la posibilidad de participación y protagonismo desde otros lugares, aportando al destino común desde la singular mirada de infancias y adolescencias, pero sin excluir la indispensable «Protección Especial» a sus derechos.

La escucha, opinión, participación y protagonismo de niñas y niños deben ser garantizados y ello exige tomar en cuenta las lógicas y la atención a la progresividad, por lo que el comité en esta observación insta a la especialización en el tratamiento de los asuntos concernientes a las infancias, en la conciencia realista de que la mirada adultocéntrica y los recursos siempre limitados, ponen en riesgo la atención prioritaria y pospondrán las vulneraciones al colectivo social de niñas y niños.

Lograr garantizar, vigilar, promover y proteger los derechos del niño con independencia y eficacia, en una institución especializada

siempre contribuirá a concentrar y articular esfuerzos provenientes de todas las instituciones. No se trata de cumplir una obligación formal, se trata más bien de brindar respuestas más eficientes a la realidad de las vulneraciones a infancias y adolescencias.

La escucha de niñas, niños y adolescentes, sentenciada y establecida en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es un acto en sí misma, y es absolutamente subjetivante, estableciendo la trascendencia de su palabra y su voz, brindando de esta manera el acceso a la verdadera garantía de sus derechos, de manera particular y minuciosa.

Esta escucha es activa porque quien lo está haciendo tiene una responsabilidad definida, lo interpela y convoca a ser parte. No absorbe de manera pasiva el discurso del otro. Escuchar es la verdadera herramienta para la construcción de sentidos, pero en general se obstaculiza con nuestras miradas sesgadas de mitos y creencias en torno a las niñeces y adolescencias, vulnerando los derechos de niñas, niños y adolescentes, e imposibilitando el cumplimiento del interés superior del niño.

La Observación general 2 asume para las instituciones independientes dedicadas a niñas niños y adolescentes, los ya existentes principios de París, y pide para ellas un mandato amplio para el seguimiento en cada país de la convención y de sus protocolos facultativos, y que se les otorguen facultades para escuchar, solicitar documentaciones, examinar quejas y peticiones individuales y colectivas, tanto de niñas y niños como de adultos y familias, siempre referidas a la vulneración de derechos a este amplio colectivo universal.

Se busca que infancias y adolescencias puedan acceder a todos los servicios, incluido los de justicia, proveyéndoles el apoyo adecuado y prestando especial atención a aquellos grupos más postergados, minorías étnicas, niños con discapacidad, o niñas, niños y adolescentes que están bajo la guarda del Estado, o en condiciones de detención. En todos los casos sujetos a las instituciones independientes a la confidencialidad de modo que puedan resultar efectivas como garantes.

Pero, además, recomienda que estas instituciones independientes promuevan el protagonismo a través de consejos consultivos u otras formas de participación de chicas y chicos.

Como contraparte las instituciones deben brindar información legislativa, y «preparar y publicar opiniones, recomendaciones e informes». A diferencia de otros organismos las instituciones independientes cuentan con herramientas no jurisdiccionales que les permiten la restauración de derechos y la reparación sin el paso por la justicia, lo que resulta revictimizante para muchas niñas y niños. Son amplias y numerosas las funciones que le asignan a estas instituciones, que van desde la promoción y prevención, pasando por la asistencia, el monitoreo tanto de instituciones como de políticas públicas, la articulación con la sociedad civil, acciones de cooperación nacional e internacional y por sobre todo el ejercicio proactivo de poner en el centro a infancias y adolescencias desde la perspectiva de derechos.

Años más tarde la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos vuelve a insistir en la centralidad de la escucha y las opiniones, manifestando que son necesarios mecanismos de presentación de quejas y denuncias que sean accesibles, seguros, adaptados y conocidos por parte de niñas y niños a fin de hacer eficaz la exigibilidad de derechos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017). El propio comité ya había insistido en esto y generado con esta misma intencionalidad el protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones, en diciembre del 2011 y puesto en marcha en abril de 2014.

Lamentablemente, la garantía y exigibilidad de derechos que expresan las instituciones independientes, no ha tenido la extensión deseable aún. En América Latina solo dos países la adoptaron y legislaron como institución específica: Argentina y Chile, y aunque existe la posibilidad de especializar un área en las instituciones generales que venían funcionando (defensorías del pueblo y comisiones nacionales de derechos humanos), esta estrategia no ha sido desarrollada en todos los casos o no ha adquirido un valor relevante. Aunque la falta de recursos económicos y el achicamiento de los aparatos estatales son las mayores excusas esgrimidas, se observa una baja especialización en el tratamiento de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, sostenida en la persistencia en muchos países del continente de miradas patriarcales y adultocéntricas que dificultan

que la recomendación expuesta en la OG 2 se haya efectivizado suficientemente. De hecho, en muchos casos la denominación «defensorías» es asumida como parte y tarea exclusiva de los poderes judiciales, y el rol social en la defensa activa de derechos y las acciones de participación y protagonismo infantil terminan siendo liderados desde la vocación voluntariosa de organizaciones de la sociedad que no siempre logran la incidencia necesaria, de lo cual resulta el incumplimiento de garantías por parte del Estado.

5. Defensorías de derechos de niñas, niños y adolescentes. Cuando lo nacional es federal. El caso Córdoba-República Argentina

La República Argentina se constituyó en uno de los veinte primeros países que, con su ratificación por ley, hicieron posible la entrada en vigor de este instrumento universal. Posteriormente, fue incluida en el derecho argentino en la reforma constitucional de 1994, en el artículo 75, junto a otras diez convenciones ya ratificadas previamente por el país explicitando en el mismo articulado la superior jerarquía jurídica de tratados y concordatos sobre leyes internas previamente existentes, a fin de no colisionar con legislaciones nacionales que pudieran estar sostenidas en paradigmas no vigentes, contrarios a dichas convenciones.

Posterior a ello, deviene un debate en torno al cambio institucional demandado tras la convención, ya que el modelo existente aún después del cambio constitucional, estaba íntimamente ligado al paradigma del patronato, con una estructura de judicialización de la pobreza que requeriría otra mirada de las políticas sociales, y muy especialmente de las políticas públicas ligadas a infancias y adolescencias. El tránsito generó debates intersectoriales donde los movimientos sociales y de derechos humanos tuvieron una fuerte influencia en la vertebración de políticas públicas desde la perspectiva de derechos humanos, tal como lo analizó Norberto Liwsky, (exvicepresidente del Comité del Niño, 2003-2007), quien considera

que tras este proceso se sentaron las bases de «nuevo contrato social con la niñez y la adolescencia» (Liwski, 2020).

La Ley 26061 del año 2005 o «Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes» dedica su capítulo IV a la descripción amplia de la institucionalidad y allí aparece como novedosa la inclusión del defensor de derechos de niñas, niños y adolescentes, como figura de garantía de aplicación de la convención y con un rol de auditoría y monitoreo. Hasta ese momento el único antecedente de especialidad había sido previo a la convención, en Noruega en el año 1981. Si bien la ley explicitó los aspectos requeridos en los principios de París, quedó para la reglamentación el procedimiento de elección, que debía ser definido desde el propio parlamento. Sin muchos modelos por tomar, salvo el de la propia Defensoría del Pueblo, su implementación y elección se postergó durante veinte años, atravesada por múltiples circunstancias políticas.

Sin embargo, tratándose la Argentina de un país federal, y con las competencias de los sistemas de protección reservados a las provincias (así como los de salud, educación, seguridad, etcétera), dejó en la propia ley abierto el camino para que las jurisdicciones provinciales pudieran crear sus propias defensorías de derechos de niñas, niños y adolescentes. Es así como la provincia de Córdoba, la segunda en población y con una gran extensión central y mediterránea de su territorio, adhiere en el año 2007 a la Ley nacional 26061 a través de la Ley provincial 9396, creando en dicho instrumento legislativo la Defensoría de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en un articulado prácticamente en espejo de las funciones y competencias, elección, nombramiento, duración de la ley nacional. Dicha ley no explicita el resto de la institucionalidad destinada a la creación y aplicación de políticas públicas relacionadas a la niñez, pero insta y emplaza a los poderes ejecutivo y judicial a iniciar un proceso de adecuación acorde a la convención y a la Ley nacional 26061. La inclusión en la Ley 9396 de la creación de la Defensoría de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes la instituye en garante de las políticas públicas que se implementarían con posterioridad (Alba, 2016).

La Defensoría de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante DDNA) se operativizó unos meses después de su creación hacia fines del mismo año, constituyéndose en la primera del país, luego de lo cual hicieron lo propio las provincias de Santa Fe, Misiones, La Pampa y Santiago del Estero (como defensoría adjunta de la defensoría del pueblo provincial). El mayor desafío del primer defensor fue sin duda, generar los soportes reglamentarios, escalafonarios, administrativos y presupuestarios que pudieran darle efectividad funcional a la institución, en un contexto de transformación institucional tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Judicial. Sin esas acciones de organización interna, casi invisibles pero indispensables, de la etapa fundacional, la defensoría no podría haberse desarrollado (López, 2022).

En una primera etapa (fundacional) el funcionamiento estuvo centrado en la atención de consultas, y en el monitoreo y seguimiento del centro socioeducativo Complejo Esperanza, dedicado a albergar a adolescentes en conflicto con la ley penal. Las acciones de promoción y participación solo quedaron iniciadas sin todavía un desarrollo sistemático.

Posteriormente, a partir del año 2016, la DDNA inició un proceso de extensión y profundización con anclaje territorial. En ese camino se constituyeron y readecuaron áreas de trabajo: a) Asistencia, Orientación, y Supervisión Institucional, b) Promoción, Prevención y Participación, c) Cooperación interinstitucional y monitoreo de derechos, d) Comunicación y e) Administración.

En esta segunda etapa se consolidaron equipos interdisciplinarios, en materia de asistencia se generaron guías de recursos y protocolos de procedimientos basados en la normativa internacional y nacional con perspectiva de derechos y se sistematizaron las visitas de supervisión a residencias de niños, niñas y adolescentes sin cuidado parental, bajo medidas excepcionales, y los centros socioeducativos ya mencionados. Se incrementó el uso de herramientas no jurisdiccionales como observaciones y recomendaciones, pedidos de informes, mediaciones y facilitaciones, y se instrumentó un sistema de registro digital de consultas y casos diseñado en base a derechos vulnerados que permite el seguimiento, y actualización, y sobre todo la información

permanente de la situación de las actuaciones, y las alertas sobre medidas posibles para accionar. El equipo técnico de asistencia trabaja de manera articulada con todos los estamentos del Estado, con organismos no gubernamentales y operadores sociales a fin de dar respuesta eficaz a las y los ciudadanos.

En la línea de la promoción de derechos se constituyeron espacios de formación sistematizada y en alianza con el sector académico. Es así que se desarrolló la diplomatura de «Educación, cuidado y crianza en primera infancia» (en cooperación con dos universidades: una pública y una privada y con el apoyo de Unicef Argentina). La Diplomatura de Derechos de infancias y adolescencias-Abogado del Niño, de la que se lleva a cabo en el 2024, su 5.ª cohorte, en acuerdo con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, y la Diplomatura de «Acompañamiento en el mundo digital de niñas y niños», destinada a referentes adultos junto a la Universidad Nacional de Villa María. La institución fue pionera en el debate sobre un instituto indispensable en la garantía a que las opiniones de niñas y niños sean parte de los procesos administrativos y judiciales, tal es la figura del abogado del niño, adelantándose en acciones formativas a la aprobación de la ley respectiva en la provincia de Córdoba (Ley provincial 10636/2019).

En materia de monitoreo de políticas públicas se inició un sistema de monitoreo de derechos a fin de analizar información primaria, devenida de encuestas propias y de casos, e información secundaria de diversos organismos públicos. Dicho sistema contribuye a hacer un análisis de la situación de niñas y niños y ha sido enriquecido con el seguimiento a partir del 2017, de la inversión social en niñeces y adolescencias de la provincia de Córdoba, permitiendo confrontar el análisis presupuestario provincial con el nacional.

La pandemia desafió a la institución a fin de estar presente y cercana en un momento de especial invisibilización de las infancias y de particulares formas de vulneración durante el confinamiento. Desarrollar servicios de acompañamiento a través de medios digitales, formación permanente y seguimiento de la situación de niñas y niños a fin de detectar y priorizar problemáticas, se constituyó en un aprendizaje de innovación.

La postpandemia dio inicio a una nueva etapa de crecimiento, con desarrollos innovadores de acciones de participación y promoción de derechos, respondiendo a nuevas realidades. La instauración de una escuela de facilitadores ciudadanos de derechos, que convocó a un centenar de adolescentes, con un primer objetivo masivo que fue el Foro Adolescente desarrollado en el IX Congreso Mundial, inició una etapa de centralidad de las voces de chicas y chicos que contribuyó a propiciar proyectos locales de participación y protagonismo, con una mayor incidencia territorial.

En este mismo sentido en desarrollos más recientes, el foco ha sido puesto en fortalecer precisamente las capacidades locales para afrontar las problemáticas que afectan los derechos de infancias y adolescencias.

6. Conclusiones

Las instituciones independientes específicas de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, constituyen una herramienta eficaz de garantía, control y exigibilidad de derechos. No existe para su implementación un modelo único, ni permanente. La realidad cotidiana y las problemáticas de niñas, niños y adolescentes tienen en la actualidad un dinamismo tal que requiere de las instituciones una gran flexibilidad, capacidad de escucha especialmente a las infancias y adolescencias, teniendo en cuenta sus opiniones y acompañando sus trayectos para que puedan acceder a un bienestar integral. La formación y el trabajo colaborativo interinstitucional, son otras variables que puede contribuir a la mejora de las prácticas sociales en relación a infancias y adolescencias. Las pocas experiencias existentes dan cuenta de ello.

Para transitar el camino de lo declarativo a la efectivización jurídica y social de los derechos de niñas, niños y adolescentes, no basta con legislaciones, tampoco con la sola creación de las instituciones, se requiere de la búsqueda permanente de evidencias en forma dinámica y persistente, de la indagación de caminos de innovación que intenten respuestas a la complejidad de la realidad que deben afrontar niñas,

niños y adolescentes, aportando por sobre todo a una conciencia social crítica en torno a lo que la convención significa en relación a un cambio cultural. Treinta y cinco años después, esto continúa constituyéndose en una deuda con infancias y adolescencias.

Referencias

Alba, M. (2016). *Defensoría de los derechos de la Niñez y Adolescencia*. Alveroni.

Beloff, M. (1999). Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. *Justicia y Derechos del Niño*, (1), 9-21.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Hacia la garantía efectiva de derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*. OEA.

Comité de los Derechos del Niño (2007). Observación general n.º 2 (2002). En *Políticas Públicas y Derechos Humanos del Niño. Observaciones generales* (pp. 15-27). IIN, Organización de los Estados Americanos, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Constela, C. (2007). El Tribuno de la Plebe. *Diritto @ Storia*, (6). https://www.dirittoestoria.it/6/Memorie/Tribunato_della_Plebe/Constenla-El-Tribuno-de-la-Plebe.htm

Dolto, F. (1994). *La causa de los niños*. Paidós Ibérica.

Liwski, N. (2020). Una ley para un nuevo contrato social de la niñez y adolescencia. En Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, *Miradas diversas sobre los derechos de las infancias. Análisis y reflexiones a 15 años de la Ley 26.061* (pp. 35-37). Ministerio de Desarrollo Social Argentina. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/15adeproteccion-libro-senaf2020.pdf?fbclid=IwAR1GEkV39f_2w_bk2LyUi4oLlDN4jBoNr4VCUtU32O69pSOifCL2DEgt0j0

López, A. (2022). La Defensoría de Derechos de niñas, niños y adolescentes en la provincia de Córdoba: Una institución autónoma al servicio del Interés Superior de Niñeces y Adolescencias. En O. Orlandi, F. Faraoni y A. Kowalenk (dir.), *Derecho de niñez y adolescencia. Hacia una disciplina autónoma*. Nuevo Enfoque Jurídico.

Moraes, M. y Schiffrin, A. (2005). The Ombudsman: Essential Elements and Common Challenges. En L. Reif, M. Marshall y C. Ferris, *The Ombudsman: Diversity and Development*. International Ombudsman Institute.

Oñate, S. (2009). El Procurador de Pobres, instituido en San Luis Potosí en 1847, y la protección de los derechos humanos. En Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Anuario Jurídico I-1974* (pp. 516-527). Universidad Nacional Autónoma de México. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/17.pdf

Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (2020). *Protocolo de actuación para el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes* (1.ª ed.). Proyecto AJuV, Oficina de Derechos Humanos y Justicia. https://drive.google.com/file/d/16cbt56kiCAlgDUo8PvOxtu2FxkjYIbud/view

Resolución 48/134 (1993). Asamblea General de Naciones Unidas (20 de diciembre de 1993). https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/principles-relating-status-national-institutions-paris

Zapata, A. (2020). La ciudadanía desde la perspectiva política de Hannah Arendt. *Revista de Estudiantes de Ciencia Política*, (11) (12), 32-40. https://revistas.udea.edu.co/index.php/recp/article/view/343114/20803225

La Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Agenda 2030: conexiones y sinergias[1]

Inmaculada Vivas Tesón
Universidad de Sevilla, España
ivivas@us.es

1. La Convención sobre los Derechos del Niño: un tratado internacional pionero y revolucionario que cumple treinta y cinco años

Han pasado cuarenta y seis años desde la promulgación de la Constitución Española de 1978, treinta y cuatro desde que España ratificara la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN), treinta y dos desde la aprobación de la Carta Europea de Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo en 1992 y dieciséis desde que España ratificara la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (CDPD).

1 El presente trabajo se enmarca dentro del Grupo de Investigación «Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado» (SEJ-617) de la Junta de Andalucía y del Grupo de investigación consolidado «Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos» (DECADE) de la Universidad de Alcalá, así como del Proyecto I+D+i «Discriminación a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica en las situaciones internacionales e interregionales» (PID2021-127361NB-I00), ayudas a proyectos de generación de conocimiento en el marco del programa estatal para impulsar la investigación científico-técnica y su transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, del que es investigadora responsable la Prof.ª Goñi Urriza.

Tan importante marco legal ha sido determinante para contar, hoy día, con un robusto y firme andamiaje normativo integrado, en esencia, por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil y la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, además de las correspondientes legislaciones autonómicas sobre la materia, así como de las reguladoras de los derechos de las personas con discapacidad de las que destacamos, entre otras, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En el momento del cierre del presente trabajo se encuentra en tramitación el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de menores en entornos digitales[2].

Es incuestionable que la CDN representa el instrumento normativo internacional con fuerza vinculante de mayor relevancia en materia de promoción y protección de los derechos de la infancia y la adolescencia. Y ello, por motivos diversos. La CDN hunde sus raíces en la Declaración de los Derechos del Niño (conocida como la Declaración de Ginebra), redactada en 1923 por Eglantyne Jebb —la fundadora— junto con su hermana Dorothy, de Save the Children. En 1924, dicha declaración, aunque no era vinculante para los Estados en ese momento, fue adoptada formalmente por la Sociedad de Naciones, la cual ratificó diez años más tarde, en 1934. Posteriormente, en 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, tratado internacional de referencia para la defensa de los derechos de la persona en todas

2 El principal objetivo de esta iniciativa legislativa, tal y como se indica en su exposición de motivos, es ofrecer entornos digitales seguros para la infancia y la adolescencia, con plena protección de sus derechos y libertades, a la vez que se fomenta un uso adecuado y respetuoso de las nuevas tecnologías. Reconoce los derechos de las personas menores de edad en este tipo de entornos, entre ellos los derechos a ser protegidos eficazmente ante contenidos digitales que puedan perjudicar su desarrollo, a recibir información suficiente y necesaria en una forma y lenguaje apropiado según la edad sobre el uso de las tecnologías y de los riesgos asociados al mismo, así como al acceso equitativo y efectivo a dispositivos, conexión y formación para el uso de herramientas digitales.

las etapas de su vida. En 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Declaración de los Derechos del Niño, de limitada operatividad al no ser obligatoria para los Estados. En el vigésimo aniversario de la misma en el año 1979 fue declarado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el Año Internacional del Niño, lo que fue determinante para concienciar a la comunidad internacional acerca de los problemas que inciden en la infancia, iniciándose la redacción y posterior negociación de la CDN.

El Tratado internacional de 1989 consta de 54 artículos y se complementa con tres Protocolos facultativos: el relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; el que se refiere a la participación de niños en los conflictos armados; y el tercero sobre un procedimiento de comunicaciones.

La convención expresa un consenso acerca de las obligaciones de los Estados y la comunidad internacional hacia los niños, las niñas y los adolescentes (forma más acertada de traducir el término inglés *children*). Por primera vez y lo hace en 1989 (repárese en la fecha) reconoce, de manera integral, que tienen derecho a tener derechos civiles, sociales, políticos, culturales y económicos, sin excepción y con independencia de su origen social, cultural, étnico o religioso, esto es, sin discriminación alguna (Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2), de modo que no son meros sujetos pasivos. Fue —y sigue siendo— una norma revolucionaria, puesto que vino a advertirnos con absoluta claridad: ¡los niños, niñas y adolescentes tienen derechos! Inauguró una nueva era, la del respeto y tutela de los derechos de la infancia y la adolescencia. Desde entonces, niños, niñas y adolescentes son considerados personas y ciudadanos plenos, capaces de participar activamente en la vida familiar, social, cultural y civil, si bien, en ocasiones, el específico desarrollo legislativo de tales premisas a nivel interno no siempre se ha llevado a cabo desde su propia mirada, sino desde la del adulto que legisla, razón por la cual muchas normas (y, en consecuencia, la aplicación de las mismas) están impregnadas de un profundo adultocentrismo hegemónico.

«Niños» son personas menores de dieciocho años de edad (Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 1), cuyo interés superior (*best interests of the child*) debe ser tenido en cuenta como

una consideración primordial en todas las medidas que les conciernan y sean tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3), debiendo ser escuchada su opinión, la cual han de poder expresar libremente (Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 12). Reconoce que el niño, la niña y el adolescente, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Asimismo, destaca la importancia de garantizarle, de un lado, un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, para lo cual se le deberá proporcionar una nutrición, vestuario y vivienda adecuados (artículo 27) y, además, una educación encaminada a su desarrollo integral y accesible a todos en condiciones de igualdad de oportunidades (artículos 28 y 29). A mi modesto entender, estos son, junto con el de no discriminación antes señalado, los principios y valores esenciales que inspiran la convención y el desarrollo normativo de la misma, los cuales siguen siendo innovadores y actuales. Treinta y cinco años después, siguen teniendo la misma luz y vigor, como si los renovaran permanentemente, dado que han de aplicarse y reinterpretarse a diario para poder afrontar problemas de siempre, pero también nuevos, como los que originan la globalización, la digitalización de nuestras vidas y la irrupción de la inteligencia artificial.

Su impacto jurídico mundial es innegable, pues marcó el camino del reconocimiento progresivo de los derechos de niños, niñas y adolescentes poniéndolos en el centro. Sin embargo, treinta y cinco años después de su aprobación, debemos reflexionar acerca de sus logros y perspectivas futuras.

1.1. El balance tiene luces y sombras

Si bien es indudable el progreso alcanzado en los derechos de la infancia y la adolescencia, estos no se han implementado de la misma manera, ni al mismo ritmo, ni con los mismos recursos, lo que se traduce en la existencia de fuertes desigualdades territoriales. Basta pensar en la pobreza infantil.

Otro problema muy preocupante generado por el uso cotidiano de las tecnologías, omnipresentes a día de hoy en nuestras vidas y en todo lo que nos rodea, es que los progenitores (y no solo ellos) se creen dueños de los derechos de los que son titulares, exclusivamente, sus hijos. Ello ocurre, por ejemplo, con la terrible práctica de publicar fotos y videos de niños y niñas en redes sociales, lo que se conoce como *sharenting*, muy frecuente —sobre todo— en el caso de los *influencers* e *instagramers*, que reciben más *likes* y más dinero publicando contenidos de sus hijos. Los padres quieren presumir a nivel planetario de la belleza y las pequeñas hazañas (para ellos grandes acontecimientos) de sus vástagos, práctica que —según parece— se incrementa durante el periodo estival, en el cual necesitamos especialmente compartir nuestra alegría y diversión en momentos de ocio protagonizados por los niños y las niñas.

Sin embargo, la infancia no puede ser expuesta y violada online, no solo porque los derechos a la intimidad y a la propia imagen (como sintetiza la STS de 13 de enero de 2022 son derechos autónomos con sustantividad y contenido propio y específico), los derechos a la protección de datos de carácter personal (Constitución Española, artículo 18.1), al honor y a la integridad psicológica (su sobreexposición podría provocarle problemas de autoestima) son del niño o niña y no de la persona que comparte sus imágenes, sino también por el riesgo de comprometer su reputación y su futuro personal o profesional, así como su seguridad (pensemos en el *cyberbulling*, en la pornografía infantil o cuando a la foto se acompañan datos como el nombre, la edad, a qué colegio va o dónde vive). Según el derecho fundamental lesionado en el caso concreto, la norma aplicable (además de la Constitución Española, el Código Civil, la Ley de protección jurídica del menor y la de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia) será una u otra y, en consecuencia, también el cauce y la instancia para exigir la correspondiente tutela. Así, para la protección del derecho al honor y a la propia imagen, debemos acudir a la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y en materia de protección de datos de carácter personal a la Ley Orgánica 3/2018, de

5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

En ocasiones ello se produce porque el familiar desconoce completamente las implicaciones legales del *sharenting*, como es el caso del abuelo paterno de un menor que publicó fotos de su nieto en la red social Facebook y la Agencia Española de Protección de Datos le obligó a retirarlas tras una reclamación de la madre basada en el derecho de supresión, siendo ella la que ostentaba en exclusiva la patria potestad al haber fallecido el padre (Código Civil, artículo 156; Expediente n.º EXP202103345, 2022). Otras veces los conflictos surgen cuando los progenitores ya han dejado de ser pareja y discrepan en relación a mostrar o no al mundo digital la vida de sus hijos.

A mi juicio, la clave está en que los adultos no son mínimamente conscientes de que los niños y las niñas no son cosas de su propiedad y, por tanto, no les pertenecen ni sus derechos tampoco. Es ese arraigado adultocentrismo al que antes hacía alusión bajo el cual muchos progenitores se sienten los legítimos administradores de la vida privada de sus hijos y están convencidos de que tienen el sacrosanto derecho de decir si hacerla pública o no, pues ellos ostentan la autoridad que les concede la patria potestad y a la que los hijos quedan sometidos. Esa es una concepción vertical de las relaciones familiares que, afortunadamente, ya no existe. Los progenitores no tienen el poder de decidir cómo debe ser la vida presente y futura de su hijo, sino que tienen el deber de proteger especialmente los derechos del niño, niña o adolescente y ser garantes de que son respetados por todos. Ello explica la sustitución del término «patria potestad» por otro más adecuado como es el de «responsabilidad parental».

En un contexto internacional, en Italia se ha presentado un proyecto de ley titulado «Disposizioni in materia di diritto all'immagine dei minorenni» por parte de la Alleanza Verdi-Sinistra, dicho proyecto contiene tres artículos con los cuales se pretende proteger mejor la privacidad de los niños: no se prohíbe su exposición a los medios de comunicación, pero se limita, introduciendo declaración que debe ser firmada por ambos padres. Para limitar el riesgo de su explotación con fines comerciales, se propone obligar a los padres a depositar los ingresos en una cuenta bancaria a nombre del menor, a la que solo él

podrá acceder una vez haya cumplido la mayoría de edad (salvo casos excepcionales). Finalmente, se solicita que al cumplir los 14 años el menor pueda obtener el olvido digital, es decir, que pueda solicitar retirar de la web todos los contenidos de los que sea protagonista.

En el contexto nacional, el ya mencionado Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de menores en entornos digitales, actualmente en tramitación en nuestro país, aborda específicamente el tratamiento penal de las denominadas ultrafalsificaciones, esto es imágenes o voces manipuladas tecnológicamente y extremadamente realistas. A tal fin se incorpora el nuevo artículo 173 en el Código Penal que sanciona a quienes, sin autorización de la persona afectada y con ánimo de menoscabar su integridad moral, difundan, exhiban o cedan su imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, software, algoritmos, inteligencia artificial o cualquier otra tecnología, de modo que parezca real, simulando situaciones de contenido sexual (las llamadas *deepfakes* pornográficas) o gravemente vejatorias.

Hoy por hoy, lamentablemente, no hemos alcanzado un mundo completamente respetuoso con los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, pero qué duda cabe que la CDN sigue siendo la brújula, el faro que ilumina —en cada momento— la lectura de la realidad de la infancia y la adolescencia. Y ello, se consigue —a mi entender— a través de una herramienta fundamental e imprescindible con alcance propio e independiente: el principio rector del interés superior del menor, el cual no es deliberadamente definido con el fin de que sea el intérprete quien asuma la tarea de llenarlo de contenido a través de un cuidadoso proceso hermenéutico que atienda adecuadamente al concreto contexto y necesidades del niño, niña o adolescente, lo que excluye que la autoridad judicial incurra en una excesiva discrecionalidad. Es así cómo, constantemente, el interés superior del menor se va llenando de nuevos contenidos y de un revitalizado ámbito de aplicación en la práctica jurisdiccional, lo que justifica que sea el fundamento último de decisiones judiciales que puedan resultarnos originales o novedosas, pues son adoptadas caso por caso y no de forma estereotipada o automatizada, pues no hay dos niños o niñas ni iguales ni en idéntica (sí similar) situación. Pensemos en la

parentalidad homosexual, la cual se viene resolviendo no a través de un reconocimiento de un derecho al adulto, sino del interés superior del menor y de la garantía del entorno familiar y emocional más óptimo para el desarrollo de su personalidad y el ejercicio de sus derechos. Se trata, pues, de una fórmula abierta que ha de donarse de contenidos específicos, lo que exige una cierta preparación y sensibilidad del intérprete (jueces, abogados, mediadores, entre otros).

En definitiva, desde la CDN, el interés superior del niño, niña o adolescente se ha consolidado como un principio universal del derecho aplicable tanto en el ámbito internacional como nacional de protección de la infancia y adolescencia, cuya necesaria ductilidad es posible gracias a su atemporalidad.

2. Los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás

A la hora de abordar la infancia y la adolescencia, debe partirse de una premisa básica y obvia que, inexplicablemente —a menudo— se pasa por alto: los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás, pues la dignidad humana no admite grados (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1). Tales derechos están reconocidos y garantizados por dos importantes tratados internacionales con un enfoque social o de derechos humanos que han de aplicarse de forma simultánea o entrelazada: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De un lado, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por 196 países), que ya en 1989 exploraba la cuestión de la discriminación por motivos de discapacidad en su artículo 2:

> 1. Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política

> o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
> 2. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

El artículo 2 ordena en su artículo 3.1 «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño», de modo que se señala que se debe atender siempre al interés superior del menor y respetar su derecho a ser oído, el cual está dispuesto en el artículo 12:

> 1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
> 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

De otro lado está la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ratificada por más de 180 países, además de por la Unión Europea, convirtiéndose en la primera organización internacional en ser parte oficial de ella), cuyo artículo 7, reforzando los derechos específicos ya reconocidos en la CDN, establece:

1. Los Estados partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.
2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.
3. Los Estados partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

Los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad son uno de los grupos de población más vulnerables, uno de los más marginados y excluidos socialmente, están particularmente expuestos a la violencia y a la explotación y sometidos, con demasiada frecuencia, a actitudes y prácticas de discriminación múltiple. Sin embargo, sus derechos son absolutamente idénticos a los de los demás niños, niñas y adolescentes, si bien, para garantizar su inclusión y disfrute efectivos, es necesario brindarles los apoyos y ajustes razonables que precisen en función de sus particulares necesidades.

A veces, cuesta entender que la igualdad de oportunidades para los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad requiere, desde una perspectiva de equidad, de acompañamiento y apoyos, pues están en una clara situación de desventaja. Por ello, debe promoverse una mejor comprensión y respeto de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad y, para ello, resulta crucial analizar su realidad a la luz del enfoque de derechos humanos, sin prejuicios adultocéntricos, paternalistas ni capacitistas, concienciar a la sociedad de la necesidad de eliminar estereotipos y estigmas asociados a la discapacidad, así como llevar a cabo acciones que promuevan la igualdad de oportunidades y su inclusión social a través de

políticas basadas en la no discriminación (Ley 15/2022, artículo 2). El derecho a pertenecer a la humanidad debe ser garantizado por la propia humanidad.

Hacia ello se dirige el ordenamiento jurídico español, el cual, desde que ratificó la CDPC, está trazando un camino evolutivo en cuanto a los derechos de las personas con discapacidad.

Las bases las sienta una nueva redacción del artículo 49 de la Constitución Española, la cual hemos estrenado hace unos meses y que presenta el siguiente tenor literal:

> 1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio.
> 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad.

Se trata de una reforma constitucional histórica que no solo elimina el término «disminuidos» de la Carta Magna para sustituirlo por el de «personas con discapacidad», sino que pone el foco en los derechos de las personas con discapacidad, garantizando por ley la protección de su ejercicio y haciendo hincapié en atender las necesidades específicas de las mujeres y menores con discapacidad. El inciso final del precepto adquiere una relevancia extraordinaria, pues abre un nuevo paradigma de prevención, protección y garantía frente a la vulneración de derechos de la infancia y adolescencia con discapacidad, haciendo que los poderes públicos, en el marco de sus respectivas competencias, se sientan interpelados para lograr un objetivo que nos concierne a todos, la cual es la inclusión y defensa eficaz de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes con discapacidad.

Otro avance de enorme importancia ha sido la Ley 8/2021, de 2 de junio, que reforma la legislación civil y procesal para afianzar la autonomía de las personas con discapacidad. Dicha norma modifica la redacción de algunos preceptos del Código Civil español de 1889, de los cuales quisiera destacar, brevemente, algunas novedades de interés en relación a los menores con discapacidad.

Una ruptura parental (matrimonial o no) tiene siempre una repercusión emocional familiar (mayor o menor dependiendo del grado de conflictividad de aquella), cuyo impacto negativo es preciso, en lo posible, atenuar. Si ya, por sí misma, repercute emocionalmente en un niño, una niña o un adolescente, pensemos en la dificultad añadida cuando tiene una discapacidad: no entiende lo que pasa, no expresa sus sentimientos, no hace preguntas, no tiene movilidad. Es doblemente frágil o vulnerable, por la edad y por la discapacidad, pero sus derechos son los mismos que sus iguales sin discapacidad.

Ya hemos hecho alusión al derecho del menor a ser oído y escuchado. Cuando el niño, la niña o el adolescente tiene una discapacidad, también, debe ser oído y escuchado, pero, al tener unas necesidades específicas puede que requiera apoyos para el ejercicio del citado derecho.

Consciente de ello, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, el cual recibió nueva redacción por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se pronuncia en los siguientes términos:

> 1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

Por su parte, la Ley 8/2021 ha dado nueva redacción a la regla 4.ª del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que, en relación al procedimiento de separación y divorcio, dispone:

> Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad. También, habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando.
>
> En las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.
>
> Y se añade la regla 8.ª:
>
> En los procesos matrimoniales en que existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, se seguirán, en su caso, los trámites establecidos en esta ley para los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad.

Aplaudo las introducciones normativas introducidas en nuestra norma procesal, pero me surgen muchas dudas. Cuando se trata de un hijo con discapacidad, ¿se hace, de verdad todo lo posible para conocer su voluntad y sus deseos?, ¿se dedica el tiempo suficiente a que comprenda la situación vital por la que atraviesa a raíz de la ruptura de

sus progenitores y a conocer su opinión acerca de aquella?, ¿se le transmite, de manera comprensible, el significado de términos jurídicos como «guarda y custodia compartida», «visitas», «pernocta», entre otros, para que entienda adecuadamente cómo será su vida a partir de ahora?, ¿cuentan nuestros jueces, cuando se precise, con un intérprete de lengua de signos? El lugar en la que se practica dicha diligencia, ¿es accesible y cercano? ¿están los operadores jurídicos adecuadamente capacitados para trabajar con niños, niñas y adolescentes con discapacidad?

Al respecto, recuérdese que el artículo 13 de la CDPD, el cual se dedica a regular el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, se preocupa, en sus dos apartados, de la accesibilidad universal (esto es, inexistencia de todo tipo de barreras) de la persona con discapacidad a la justicia, así como de la capacitación de todos los profesionales de la administración de justicia:

> Los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.
> 2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

Es esencial que en los procesos de ruptura parental exista un protocolo de actuación en la práctica de la exploración o audiencia del menor con discapacidad. El derecho del niño, la niña o del adolescente a ser oído y escuchado no puede ser cercenado por el hecho de tener una discapacidad. Dicho protocolo debe buscar la interacción y diálogo con el menor de edad con discapacidad, utilizando un lenguaje completamente accesible (también en cuanto lo cognitivo), creando una

relación de confianza, teniendo la habilidad de preguntar sin interrogar. A veces, el menor no puede expresarse, pero debemos hacer todo lo posible para conocer su opinión utilizando apoyos como intérpretes de signos, pictogramas, lectura fácil, entre otros. El problema es evidente: nuestros tribunales adolecen, en la actualidad, de una preocupante falta de recursos y medios que impide un buen funcionamiento de la justicia.

En otro orden, las medidas paternofiliales a establecer, bien por los propios excónyuges o bien por la autoridad judicial, como, entre otras, la atribución de la guarda y custodia, el uso de la vivienda familiar o la pensión de alimentos deben atender las necesidades específicas del hijo o hija con discapacidad.

En relación a estas cuestiones, resulta imposible realizar consideraciones valederas para todos los casos, pues cada familia es única y cada menor es completamente distinto de otro, de manera que nos encontramos ante una materia esencialmente casuística. Por consiguiente, dependiendo de las concretas circunstancias familiares y valorando convenientemente cuál es el interés superior del menor, la guarda y custodia del hijo con discapacidad puede ser monoparental o compartida (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 24.3). A propósito de ello, el artículo 94 al final del Código Civil, en su redacción dada por la Ley 8/2021, dispone que «la autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad». Advierta el lector que el legislador de 2021 ha querido, intencionadamente, distinguir, de un lado, el interés superior del menor y, de otro, la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad, con lo que no deja lugar a dudas de que, en nuestro actual ordenamiento jurídico, no existe el interés superior de la persona con discapacidad.

Sin poder, aquí, adentrarnos en profundidad en su estudio, nos limitamos a apuntar que, en la actualidad, la custodia compartida es el modelo ideal de organización familiar tras una ruptura, pues se basa en el principio de corresponsabilidad parental, según el cual ambos progenitores mantienen una participación activa y equitativa en la crianza de los hijos menores de edad.

Pues bien, al respecto nos encontramos algunos fallos judiciales que nos hacen reflexionar en cuanto a la situación de los hijos e hijas con discapacidad.

Así, citamos la STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) de 30 de octubre de 2013, en cuyo caso de autos se trataba de resolver la situación personal de dos hermanas gemelas, Elsa y Josefina, ambas con discapacidad, que habían convivido hasta el momento de la separación de sus padres, estando, preferentemente, al cuidado de su madre. La madre interpuso demanda de divorcio, en la que solicitaba que la guarda y custodia de las hijas le fuese adjudicada. La sentencia de primera instancia estimó la petición de divorcio, declaró disuelto el matrimonio de los litigantes y, respecto de las hijas, acordó atribuir a la madre la guarda y custodia de su hija Elsa, fijando un régimen de visitas para que el padre se relacionara con la menor, y respecto de Josefina ordenó que quedara bajo la custodia compartida de ambos progenitores, fijando periodos de convivencia alternos, cada dos meses, y un régimen de visitas detallado en el fallo. Se estableció que las hermanas coincidirán el día entre semana, todos los fines de semana y en vacaciones. En cuanto a los alimentos, el padre, en concepto de pensión alimenticia a favor de la hija Elsa, debía abonar la cantidad de 230 euros mensuales. La madre administraría también los gastos periódicos de Josefina que excedieran de su alimentación diaria. En los meses de custodia de la madre, el padre debía abonar una pensión de 230 euros mensuales, que sería de 100 euros mensuales cuando tuviera la custodia el padre. Interpuesto recurso de apelación por la representación de la madre, en solicitud de revocación de la sentencia en cuanto a la guarda y custodia de la menor Josefina y a la pensión por alimentos que el padre debía satisfacer, el demandado se opuso al mismo, impugnando, a su vez, la sentencia de primera instancia en lo relativo a la cuantía de la pensión de alimentos acordada y a la visita entre semana fijada en dicha sentencia. La Audiencia provincial resolvió los recursos, desestimando la pretensión de la apelante y estimando parcialmente la impugnación del padre, de modo que confirmó la sentencia de primera instancia, salvo en el extremo relativo a la visita intersemanal, que fue suprimida. La madre interpone recurso de casación, en cuanto a la guarda y custodia compartida de Josefina,

recurso que es desestimado con base a que esta modalidad de guarda y custodia es sistema preferente en la legislación aragonesa, además de no resultar probada la falta de aptitud del padre para ejercer las funciones inherentes a la guarda y custodia de la hija.

En cambio, la posterior STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) de 17 de septiembre de 2015 conoció del divorcio de doña Carlota y don Blas, con dos hijas en común, Rosana (mayor de edad, por tanto, extinguida la autoridad familiar) y Tomasa (menor de edad y con síndrome de Down, teniendo reconocido un grado de minusvalía del 65 %). La madre solicitó la custodia individual y el padre la compartida de la hija menor, que fue concedida por el juez de primera instancia por periodos de dos semanas. Ambos recurrieron en apelación y la Audiencia provincial revocó la sentencia de instancia, atribuyendo la custodia individual a la madre bajo el argumento de que no se discute el deseo del padre de mantener el contacto con sus hijas ni su cariño hacia ellas, pero los diferentes estilos educativos de ambos progenitores, en especial, el desinterés del padre hacia el proyecto educativo de Tomasa, entorpecen en buena medida el correcto desarrollo y estabilidad de las menores, al margen de los incidentes documentados en el proceso, referentes a su necesaria asistencia sanitaria y encierro en su domicilio durante una noche que pasaban con su padre las menores. Las menores están muy unidas entre sí y no resulta aconsejable su separación, ni deseable. En estas condiciones, no se revela la custodia compartida como la medida más aconsejable para las dos menores, dados los requerimientos especiales de Tomasa y la voluntad razonadamente expresada por Rosana, debiendo, por ello, estimarse el recurso, otorgando la custodia individual a la madre, en cuyo entorno gozan de mayor estabilidad y atención personalizada (CDFA, artículo 80). El padre interpone recurso de casación, que el TS desestima.

En su sentencia de 15 de octubre de 2015, el mismo tribunal aragonés enjuicia un procedimiento de modificación de medidas establecidas en un divorcio, en el cual se fijó un régimen de custodia diferenciado para cada una de las dos hijas nacidas en el matrimonio, Melisa y Adelaida, mellizas, nacidas en el año 2005. Respecto de Melisa,

con autismo y una discapacidad del 68 %, el Juzgado de Primera Instancia acordó que su custodia sería individual a cargo de la madre, mientras que, respecto de Adelaida, con retraso mental leve y discapacidad reconocida del 38 %, estableció la custodia compartida, con alternancia bimensual. La madre interpuso demanda de modificación de medidas, solicitando la atribución de la custodia individual de ambas hijas y, subsidiariamente, que la periodicidad de alternancia en la custodia compartida de Adelaida pasase a ser de periodos bisemanales en lugar de bimensuales. El juzgado estimó parcialmente la demanda, manteniendo el sistema diferenciado de custodia de ambas hermanas, si bien modificó el periodo bimensual de custodia compartida de Adelaida para establecerlo por turnos semanales. Apelada por la madre la resolución de primera instancia, la Audiencia provincial estimó parcialmente el recurso presentado, acordando el establecimiento de la custodia individual a cargo de la madre, con fijación de régimen de visitas y pago de pensión por parte del padre, quien interpone recurso de casación, el cual no es estimado.

Estas decisiones judiciales plantean la conveniencia o no de separar a los hermanos cuando existe una discapacidad. El artículo 92.10 del Código Civil establece que los jueces, en los supuestos de separación, nulidad y divorcio, deben procurar no separar a los hermanos. No es, como puede comprobarse, un mandato obligatorio, pero, en caso de discapacidad, ¿debería serlo? La relación fraternal es especial, pero lo es aún más cuando un hermano, además de cómplice, es un apoyo fundamental en la vida cotidiana, en el aprendizaje de habilidades básicas, en el desarrollo emocional, en el fomento de la autoestima, en la inclusión social, entre otros. de un niño o niña con discapacidad. Todo ello, a mi entender, forma parte del interés superior del menor y debe ser tenido en cuenta en la correspondiente toma de decisiones.

Mención obligada merece un pronunciamiento judicial que ha roto moldes en relación a la atribución de la guarda y custodia de los hijos. Se trata de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª) de 23 de enero de 2018, la cual impuso a un padre la custodia compartida (a cuyo régimen se opuso) de sus dos hijos menores de edad, teniendo uno de ellos, desde temprana edad, trastorno

de desarrollo y retraso madurativo con discapacidad reconocida del 33 %, situación considerablemente agravada en la adolescencia.

En el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo en el año 2013 se había asignado a la madre la guarda y custodia individual de los dos hijos del matrimonio y un régimen de visitas al padre. Con posterioridad, la madre, al pasar a encontrarse, de manera sobrevenida, en una complicada situación personal (además de sus obligaciones laborales —enfermera con rotación de turnos—, el cuidado permanente de los hijos y la atención especial del menor con diversidad funcional, deja de contar para ello con el imprescindible apoyo de su padre, quien falleció durante el proceso), solicita, en un procedimiento de modificación de las medidas acordadas en su momento, mayor implicación del padre en el cuidado de sus hijos (en dicho momento, de catorce y dieciséis años de edad). Como pretensión subsidiaria, solicita el aumento de la pensión alimenticia para atender los gastos de contratación de una persona especializada para atender al hijo con diversidad funcional. El padre, por su parte, también solicita modificación de medidas ante la negativa del hijo a pernoctar con él, oponiéndose al régimen de custodia compartida, a pesar de que solo trabaja por las mañanas, lo que le permitiría dedicarse al cuidado de sus hijos.

El juzgado decide mantener la custodia materna, pero incrementa la pensión de alimentos del hijo a cargo del progenitor no custodio en 75 euros. Interpuestos recursos de apelación por ambas partes, el Ministerio Fiscal se adhiere parcialmente al de la madre, interesando, en esencia, el incremento de las pernoctas de los hijos con el padre y el aumento de la pensión de alimentos a cargo del padre, oponiéndose al recurso de este. La Audiencia Provincial, consciente de la excepcionalidad de las circunstancias del caso y pese al estrecho margen de tiempo por la cercana mayoría de edad de los hijos, fija un régimen de custodia compartida de alternancia semanal (de lunes a lunes) con supresión de visitas intersemanales y periodos vacaciones por mitad, el cual:

> brinda la oportunidad de poner en juego la mejor estrategia y habilidades de conciliación de las partes en beneficio de los menores, con suficiencia para superar en todo momento el riesgo

de enfrentamientos que pudieren propiciarse con ocasión de la sucesión en los periodos de las estancias cortas que la previsión de custodia compartida semanal comprende, hasta la esperada normalización de las relaciones familiares mutuas venideras, apartándola de su actual judicialización.

En relación a la pensión de alimentos, cada progenitor abonará los gastos ordinarios de sostenimiento de los menores durante el tiempo en que estén bajo su cuidado. Los gastos extraordinarios se abonarán en la misma proporción entre partes en que se venían atendiendo hasta la fecha a conformidad de las mismas.

Todo lo cual se advierte, por su sencillez, de perfecto encaje en el caso, al menos, como punto de partida y sin perjuicio de su mejor desarrollo o desenvolvimiento oportuno que fuere preciso, conforme a las dificultades que su práctica ponga de manifiesto. Remitiéndonos al efecto, al debido entendimiento de partes, con preferencia a cualquier intervención judicial.

En cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar, el artículo 96.1 del Código Civil, en su redacción dada por la Ley 8/2021, establece que:

> en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.
>
> A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparán a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este libro, relativo a los alimentos entre parientes.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.

Por último, en relación a los alimentos del hijo con discapacidad, ha de destacarse que es doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014, 10 de octubre de 2014, 2 de junio de 2015 y 17 de julio de 2015, que la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.

Sin embargo, la CDPD no siempre es correctamente entendida y, por consiguiente, aplicada por nuestros órganos judiciales. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2017 el caso de autos difiere de los pronunciamientos recién reseñados, dado que el alimentista, hijo mayor de edad con discapacidad, desarrolla una actividad laboral remunerada y, por tanto, cuenta con ingresos propios.

A la vista de ello y de la situación del progenitor alimentante, en incapacidad laboral y sin capacidad económica para pagar la pensión alimenticia de su hijo fijada en su momento en el procedimiento de separación matrimonial, el Juzgado de Primera Instancia declara extinguida la obligación del demandante de prestar alimentos a su hijo. Sin embargo, la Audiencia provincial estima el recurso de apelación y revoca el fallo, manteniendo la pensión de alimentos a cargo del hijo al sostener que:

> la supresión de los alimentos vulnera lo dispuesto en el artículo 39.3 CE y en los artículos 93 y 142 del Código Civil, ya que los progenitores están obligados a prestar alimentos a sus hijos menores de edad y a los mayores, como en este caso, discapacitados que no pueden mantenerse por sí mismos: La Convención

> Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas con Discapacidad, que ha sido ratificada por España en fecha 23 de noviembre de 2007, reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y la mejora continua de sus condiciones de vida. (STS 7 de julio 2014)

El Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el padre demandante, manteniendo, en su integridad, el fallo de primera instancia al considerar que:

> 1. La respuesta al problema planteado es simplista y desviada de lo que debió tenerse en cuenta para resolverlo. La sentencia da a entender que todos y cada uno de los supuestos de minusvalía, física, mental, intelectual o sensorial, conllevan la misma solución y que a todos ellos resulta de aplicación la doctrina de esta sala que cita, relativizando los principios y fundamentos que resultan de la convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006, sin ofrecer una respuesta adaptada a las particulares circunstancias de las personas afectada por la minusvalía, y sin valorar si son o no necesarios los apoyos que la convención ofrece, referidos en este caso a la continuidad de la prestación alimenticia en favor de un hijo mayor de edad, cuya minusvalía resulta de la enfermedad de Crohn, a cargo de un padre en situación de incapacidad absoluta para toda actividad laboral. (FJ 2)

Así las cosas, la convención neoyorquina no obliga a establecer apoyos a la persona con discapacidad en todo caso, esto es, de manera automática por el hecho mismo de la discapacidad, sino solo cuando sean imprescindibles y necesarios para llevar una vida independiente. Las ayudas o apoyos (personales, económicos, sociales, educacionales, entre otros) son meros complementos ortopédicos que proceden solo cuando la persona los necesite para el ejercicio efectivo de sus derechos (solo en caso de no ver bien necesitaré gafas o cuando tenga

dificultad para caminar haré uso de una muleta o bastón), de modo que la convención propugna un modelo de apoyos de diversa índole y personalizados para favorecer la autodeterminación del sujeto en atención a sus concretas circunstancias vitales. Por consiguiente, no siendo preciso el apoyo alimenticio en el caso enjuiciado al contar el hijo alimentista con ingresos suficientes para hacer frente a sus necesidades, la solución al mismo viene dada por la mera aplicación de los artículos 146, 147 y 152 del Código Civil, razón por la cual procede su extinción.

Otra cuestión de interés en relación a la pensión alimenticia es que nuestros órganos judiciales, cuando ambos progenitores carecen de ingresos, vienen estableciendo el denominado «mínimo vital indispensable» en torno a unos 150 a 200 euros, parámetro económico que viene siguiéndose, de manera sistemática, en la praxis judicial y que, a mi juicio, no siempre es suficiente para cubrir las necesidades básicas de un hijo con discapacidad.

3. Los objetivos de desarrollo sostenible para la infancia y la adolescencia

La Agenda 2030, adoptada en el año 2015 por 193 países para contribuir al desarrollo global, promover el bienestar humano y proteger el medio ambiente, establece diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), con sus 169 metas y 231 indicadores, los cuales pretenden responder a desafíos globales urgentes como la pobreza, las desigualdades, la degradación ambiental, la paz y la justicia, aspirando —en consecuencia— a garantizar un futuro mejor y sostenible, por ello, los niños, las niñas y los adolescentes son sus principales protagonistas y beneficiarios.

La CDN y la CDPD deben interpretarse, de forma integrada, con los ODS que, directa o indirectamente, se dirigen a proteger a todo niño, niña y adolescente bajo la consigna de no dejar a nadie atrás (*Leave No One Behind*). Todos los ODS son relevantes para los menores de edad y no solo aquellos que se refieren específicamente a los niños, las niñas y los jóvenes, pues la infancia y la adolescencia son transversales.

Reinterpretar la CDN y la CDPD desde la perspectiva de los ODS significa reafirmar la centralidad de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en el contexto actual y renovar el compromiso de todos los países con la protección y promoción de los mismos. De este modo, se han de afrontar acciones de promoción combinadas encaminadas a la implementación plena de ambos tratados internacionales y la Agenda 2030 a favor de los derechos de los más jóvenes y de la sostenibilidad.

Leer los ODS en aras de garantizar los derechos tanto de niños, niñas como de adolescentes significa comprometerse a garantizarles a todos el acceso a derechos como la vida (ODS 2), la salud (ODS 3), una educación de calidad (ODS 4), el agua (ODS 6) y energía (ODS 7), así como la eliminación de todas las formas de discriminación contra las niñas (ODS 5) y la reducción significativa de todas las formas de violencia en todo el mundo (ODS 16) y las desigualdades (ODS 10). Conlleva, asimismo, combatir fenómenos como la pobreza infantil (ODS 1). En esencia, supone poner en el centro el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, en especial, a los más vulnerables, promoviendo y protegiendo sus derechos fundamentales y su bienestar.

Lo cierto es que estamos lejos de mejorar realmente las vidas, el bienestar y la seguridad de los niños en todo el mundo. Así lo pone de manifiesto el informe de Unicef titulado «Progress on Children's Well-Being: Centring child rights in the 2030 Agenda» (Progresos en el bienestar infantil: dar prioridad a los derechos de la infancia en la Agenda 2030), en el cual advierte que, hasta la fecha, solo en once países donde vive el 6 % de la población infantil —esto es, 150 millones de niños y niñas— se ha alcanzado el 50 % de los objetivos relacionados con la infancia, el nivel de progreso más alto del mundo. Si el progreso continúa de la forma prevista, para 2030, solo sesenta países —en los que vive el 25 % de la población infantil— habrán alcanzado sus objetivos, dejando atrás a aproximadamente 1 900 millones de niños y niñas en 140 países.

Para alcanzar los objetivos de 2030, los países que actualmente están retrasados tendrán que acelerar el progreso a niveles que no tienen precedentes históricos. Las pruebas demuestran que la inversión en los derechos de la infancia impulsa y preserva los resultados en favor de toda la sociedad, las personas y el planeta, ya que las intervenciones en los primeros años de la infancia son las que más contribuyen a erradicar el hambre, la pobreza, la mala salud y la desigualdad.

A la vista de ello, Unicef hace un llamamiento a los países para que den prioridad a los derechos de la infancia en sus agendas y tomen medidas históricas para acelerar el progreso mediante la toma de las siguientes medidas:

- Fomentar el compromiso político a nivel nacional. Los gobiernos deben aumentar significativamente y salvaguardar el gasto social en esferas como la salud, la educación y la protección social.
- Fijar objetivos ambiciosos y realistas y pasar a la acción. Adaptar los objetivos mundiales a los contextos locales, teniendo en cuenta las capacidades técnicas, políticas, de gobernanza y financieras que son necesarias para ayudar a garantizar acciones viables y cambiar la tendencia hacia una mayor aceleración de los ODS.
- Dar prioridad a los conocimientos y las pruebas empíricas sobre la infancia. Promover asociaciones sólidas y la colaboración entre las partes interesadas para facilitar la recopilación, el intercambio y el uso de datos, con el fin de determinar las acciones concretas necesarias para alcanzar las metas de los ODS.
- Reforzar el compromiso de construir un planeta habitable para todos los niños y las niñas. Los gobiernos y la comunidad internacional deben aumentar las inversiones para elaborar y aplicar estrategias de mitigación y adaptación al cambio climático.
- Garantizar que los sistemas de financiación funcionen para acelerar el progreso. Explorar opciones innovadoras de financiación nacional e internacional que den prioridad a los resultados, hagan hincapié en la equidad y la eficacia, y dirijan la inversión a esferas transversales.

Considero necesario detenernos en el ODS 2, «Derrotar el hambre», y, por consiguiente, en el compromiso global para combatir la pobreza alimentaria infantil. Los niños y las niñas que crecen en la pobreza carecen no solo de alimentos, sino también de agua potable, vivienda, atención médica y educación necesarias para sobrevivir y prosperar. Es frecuente que no sean registrados después de nacer, lo que los hace «invisibles» para los gobiernos y autoridades, no existen oficialmente, lo que conlleva que, además de no poder acceder a servicios de salud y educación, están más expuestos a los riesgos de explotación, abuso y violencia.

Acerca de esta situación, Unicef ha publicado en junio de 2024 su informe «Child Food Poverty. Nutrition Deprivation in Early Childhood» («Pobreza alimentaria infantil: privación nutricional en la primera infancia»), en el que examina la situación, las tendencias, las desigualdades y las causas de la pobreza alimentaria infantil en los primeros años de vida. Entre los principales hallazgos, destacan los siguientes:

- A nivel mundial, uno de cada cuatro niños y niñas vive en situación de pobreza alimentaria infantil grave en sus primeros años de vida, lo que supone 181 millones de niños menores de cinco años. La mayoría de estos niños y niñas se encuentran en el sur de Asia y el África subsahariana, donde viven más de dos tercios (68 %) de los afectados. Veinte países representan casi dos tercios (65 %) de todos los niños y las niñas en situación de pobreza alimentaria grave.
- El progreso hacia el fin de la pobreza alimentaria infantil grave es lento, pero algunas regiones y países están demostrando que es posible y que está ocurriendo. Así, en los 64 países que tienen datos sobre tendencias, el porcentaje cayó del 34 % en 2012 al 31 % en 2022; la situación se mantuvo sin cambios en 32 países, empeoró en once y mejoró en 21. Solo África Occidental y Central mostró una mejora significativa, pasando del 42 % al 32 %, lo que demuestra que la reducción es posible con las medidas adecuadas. Sin embargo, la pandemia de Covid-19, la guerra en Ucrania y los conflictos locales y las crisis climáticas han agravado la situación, con uno de cada

tres niños en países frágiles viviendo en una pobreza alimentaria severa, alcanzando picos del 49 % en Afganistán, el 63 % en Somalia y 90 % en la Franja de Gaza.

- Tanto los niños y las niñas que viven en hogares pobres como los que viven en hogares más acomodados sufren a causa de la pobreza alimentaria infantil grave, lo que indica que los ingresos de los hogares no son el único factor determinante de la pobreza alimentaria infantil.
- Los niños y las niñas que viven en situación de pobreza alimentaria infantil grave no consumen muchos alimentos ricos en nutrientes, mientras que otros alimentos no saludables sí se refuerzan en su alimentación.
- La crisis alimentaria y nutricional mundial y los conflictos y crisis climáticas locales están intensificando la pobreza alimentaria infantil grave, especialmente en países frágiles.
- La pobreza alimentaria infantil grave está impulsando la desnutrición infantil: el porcentaje de niños y niñas que viven en situación de pobreza alimentaria infantil grave es tres veces mayor en países con una alta prevalencia de retraso en el crecimiento infantil.

4. Conclusiones

Tanto la CDN como la CDPD son dos instrumentos internacionales normativos íntimamente imbricados entre sí por cuanto se refieren a los niños, las niñas y los jóvenes con discapacidad. Cada uno en el momento en que vio la luz, forma parte de la revolución de la dignidad y, por consiguiente, de la revolución de la igualdad, que ponen en el centro la autodeterminación de la persona y su derecho a tener derechos. La lógica propietaria o de mercado deja paso a la lógica de la persona desde su nacimiento. Les precedió una época en la que las negaciones de derechos eran mucho más frecuentes y fuertes que los reconocimientos, pero son ambos tratados de las Naciones Unidas los que exigen espacio, tiempo y visibilidad para los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, de todos ellos sin excepción.

Es indudable que gracias a tales esfuerzos internacionales se ha producido un significativo avance en el reconocimiento y protección de los derechos de la infancia y de la adolescencia, pero aún queda mucho por hacer en cuanto a la efectiva tutela de los menores de edad, al reconocimiento explícito de la autonomía decisional del niño, de la niña y del adolescente, a su participación activa en proporción a la capacidad de discernimiento y madurez progresivamente adquirida y a la no discriminación por razón de edad en la familia. En definitiva, ha de alcanzarse el pleno y eficaz goce de los derechos humanos inviolables e inherentes a la persona, con independencia de cuál sea su edad.

En este sentido, estos dos importantes tratados internacionales, en unión de los textos del constitucionalismo moderno, nos hallamos, por fin, en el mundo de las personas, de la dignidad humana, de los derechos, de la igualdad de oportunidades, de la plena inclusión social, del libre desarrollo del propio «yo», debiendo incidir especialmente en los de las personas que, por razón de edad y/o de discapacidad, son más vulnerables. Para estas personas, la abstracción de los derechos se concretiza en función de sus particulares situaciones y necesidades. Por ello, el partido decisivo se juega en el campo de la puesta en práctica de sus mandatos, principios y valores, en el efectivo ejercicio de los derechos reconocidos, en la transformación real de bonitas palabras en hechos (lo contrario constituye una hipocresía extrema). Ese y no otro es el desafío presente y futuro, el cual nos concierne absolutamente a todos y debemos estar a la altura.

Los niños y las niñas de hoy son los hombres y mujeres del mañana, por ello que la CDN deba leerse en clave de sostenibilidad y los ODS de la Agenda 2030 desde la óptica de los derechos de la infancia y la adolescencia (sin y con discapacidad). Se trata del desarrollo inclusivo, igualitario y sostenible de todos los niños, las niñas y los adolescentes, de ahí la estrecha unión entre la CDN, la CDPD y la Agenda 2030.

En el 35 aniversario de la CDN, debemos preguntarnos si durante todos estos años hemos escuchado a los niños, las niñas y los adolescentes o, lo que es lo mismo y siguiendo el lema de la Agenda 2030,

si no los estamos dejando atrás. En definitiva, ¿se trata este de un aniversario más? Esperemos que no.

Referencias

Asamblea General de la ONU (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25. Nueva York: 20 de noviembre de 1989. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child

Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.

Código Civil (2011). Ministerio de Justicia y de la Agencia Estatal. Boletín Oficial del Estado.

Constitución Española (1978). Boletín Oficial del Estado.

Expediente n.º EXP202103345 (2022). Agencia Española de Protección de Datos. https://www.aepd.es/documento/td-00323-2021.pdf

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *Boletín Oficial del Estado* (13 de julio de 2022).

Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, Ministerio de Juventud e Infancia, Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública y Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030 (2024). Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales. https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/ANTEPROYECTO%20DE%20LEY%20ORG%C3%81NICA%20PARA%20LA%20PROTECCI%C3%93N%20DE%20LAS%20PERSONAS%20MENORES%20DE%20EDAD%20EN%20LOS%20ENTORNOS%20DIGITALES.pdf

Naciones Unidas (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Nueva York: 13 de diciembre de 2006.

Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea (2000). Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Diario Oficial de las Comunidades Europeas. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024. *Boletín Oficial del Estado* (17 de febrero de 2024).

Secretaría Permanente (2008). *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad*. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

STC 292/2000 (2000). Pleno del Tribunal Constitucional (30 de noviembre de 2000).

Unicef (2024). *Estado de la Infancia en la Unión Europea 2024*. Unicef. The European Union.

Autonomía y protección a niñas, niños y adolescentes [1]

Joaquín Mayta Valenzuela
Centro de Desarrollo y Asesoría Psicosocial[2], Perú
espaciodeescucha@cedappperu.org

Gianella Llatas Corro
Centro de Desarrollo y Asesoría Psicosocial, Perú
cedapp@cedappperu.org

1 Las publicaciones de CEDAPP, incluidos artículos como el presente, son rigurosamente revisados por especialistas de la institución. En esta ocasión, agradecemos por su detallada y comprometida mirada y aportes a Gabriela Chú, Diana Cornejo, María Emilia Filomeno, Lucía Herrera, María Julia Oyague y Elvira Soto de Dupuy.

2 El Centro de Desarrollo y Asesoría Psicosocial (CEDAPP), fundado en 1976, tiene como misión promover el desarrollo equitativo de capacidades y recursos psicológicos de niñas, niños y adolescentes, contribuyendo a generar y fortalecer procesos de desarrollo humano y ciudadano desde la niñez, promoviendo el reconocimiento de sus derechos humanos, la diversidad de género, generación, cultura y habilidades, así como el cuidado del ambiente. Para esto viene trabajando en la protección, prevención y rehabilitación de niñas, niños y adolescentes, ya sea coordinando a través de redes interinstitucionales un abordaje integral —en el que esté presente de manera prioritaria la salud mental—, brindando formación a las personas adultas que les tienen a su cuidado, o atendiendo directamente a niñas, niños, adolescentes y personas adultas, tanto en sus familias como en instituciones públicas o privadas. Para esto ha diseñado y validado una serie de modelos de intervención que han mostrado su solidez y eficacia para responder a las problemáticas que aborda, especialmente las diversas formas de violencia.

En términos de alianzas a favor de la contribución en la formación de profesionales y diversos operadores y operadoras que cumplen funciones de protección de niñas, niños y adolescentes, resalta su alianza con la Comisión Permanente Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú, con quienes viene trabajando desde su creación, habiendo llegado en los últimos años a nivel nacional. Esto es muy importante, teniendo en cuenta que CEDAPP considera la justicia como un requisito indispensable para la salud mental y que la sanción es terapéutica tanto para víctimas como para quienes ejercen las infracciones a la ley.

CEDAPP felicita a la mencionada comisión por la iniciativa de publicar un libro con motivo de los «35 años de la Convención sobre los Derechos del Niño». Asimismo, les agradece por su invitación a participar con un artículo.

1. Introducción

Las niñas, niños y adolescentes se encuentran en una situación de vulnerabilidad y dependencia, por lo que requieren una asistencia y protección especial (Unicef, 2006), debido —principalmente— a las características de su desarrollo y al largo tiempo que requieren para constituirse en sujetos con mayor autonomía. Esta situación de vulnerabilidad se ve en muchas ocasiones incrementada por diversos factores y problemas sociales, como las diversas formas de violencia infantil. La protección es una tarea que compete a las familias, a las personas adultas responsables de su cuidado y al Estado, pero en nuestro país las cifras de niñas, niños y adolescentes que sufren estas problemáticas —y no cuentan con protección mínima— son alarmantes. De acuerdo con el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2024a), en los cuatro primeros meses del año 2024 se atendió a 5 269 niñas, niños y adolescentes en situación de calle (que viven en condición de mendicidad, de trabajo infantil o vida en la calle) desde el Servicio de Educadores de la Calle. Estas situaciones representan un peligro para su desarrollo saludable, ya que están expuestos a riesgos para los que no están preparados y viven la violencia del abandono físico y afectivo desde edades tempranas.

Cuando las niñas, niños y adolescentes están en riesgo o son declarados en situación de desprotección familiar, muchas veces ingresan a Centros de Acogida Residencial (CAR) como medida de protección temporal. Las estimaciones indicaban que, en el año 2023, más de 5 000 niñas, niños y adolescentes vivían en los CAR (El Peruano, 2023). Cuando esto sucede, dejan de vivir con su familia e ingresan a ambientes institucionalizados donde pueden estar mejor atendidos en algunos aspectos como alimentación y salud; sin embargo, también existen algunas consecuencias no deseadas como resultado de este cambio: perder antiguas amistades o vivir separaciones de hermanas, hermanos o familiares cercanos. Es importante especificar que, de la misma forma que quienes viven en situación de calle, estas cifras tampoco toman en cuenta la cantidad de niñas, niños y adolescentes que no viven en sus hogares y cuya situación no ha sido formalizada.

En todos los casos señalados previamente, estamos hablando de situaciones que implican violencia contra niñas, niños y adolescentes, considerando que según lo señalado por la Organización Panamericana de la Salud (s.f.), esta incluye la violencia física, sexual, emocional, abandono y explotación infantil a menores de dieciocho años, pudiendo ser perpetuada por cuidadores, compañeros o personas desconocidas. A su vez, esto constituye una vulneración de sus derechos, ya que no son tomados en cuenta como sujetos. La violencia, también, se puede entender desde esta dimensión en tanto que uno siente violencia cuando es negado como sujeto, como sujeto deseante o como sujeto existente. Lo que provoca violencia es el sentimiento de no existir, de no ser tenido en cuenta como sujeto y ser tratado como un objeto en el sentido material del término (Jeammet, como se citó en Loureiro, 2008).

De esta manera, estas y otras formas de violencia contra niñas, niños y adolescentes constituyen un problema de salud pública que tiene consecuencias en su bienestar y desarrollo (Naciones Unidas, 2018). En nuestro país, las cifras sobre violencia hacia niñas, niños y adolescentes aumentan cada año. Durante el año 2022 se registraron 54 144 casos atendidos de niñas, niños y adolescentes en los Centros Emergencia Mujer (CEM) y en el año 2023 se registraron 61 113 casos. Durante los primeros tres meses del año 2024 se ha atendido a 18 711 niñas, niños y adolescentes en los CEM (Ministerio de la Mujer, 2024b). La violencia ocurre en ámbitos cotidianos de niñas, niños y adolescentes, como son la familia y la escuela. Siguiendo la Encuesta Nacional sobre Relaciones Sociales (ENARES) (INEI, 2020), el 68.9 % de niñas y niños (entre 9 y 11 años), y el 78 % de adolescentes (entre 12 y 17 años) ha sufrido violencia familiar alguna vez en su vida. Asimismo, el 66.2 % de niñas y niños y el 68.5 % de adolescentes ha sufrido violencia en la escuela alguna vez en su vida (INEI, 2020).

Un gran número de investigaciones demuestran que el maltrato en la infancia, en cualquiera de sus formas, causa un daño en el neurodesarrollo que puede afectar a la salud mental y física del adulto a lo largo de toda su vida. Por lo tanto, una de las mejores políticas de promoción de la salud en la población sería prevenir el maltrato

en la infancia en cualquiera de sus formas: negligencia, abandono, maltrato físico, emocional o sexual. Además, el Estado es el principal responsable de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de sus ciudadanas y ciudadanos a lo largo de todo su ciclo de vida (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018), especialmente de las niñas, niños y adolescentes. A lo largo de las últimas décadas se han incluido diversas medidas para su protección a través de las políticas públicas y programas, en sus diferentes ministerios y sectores. Sin embargo, aún es insuficiente el conocimiento sobre las características y necesidades básicas de la etapa de vida en la que se encuentran las niñas, niños y adolescentes, lo cual dificulta mejorar las propuestas públicas y comunitarias.

Para esto es importante preguntarnos ¿qué entendemos por protección? y ¿cuáles son sus implicancias? Si bien se toman medidas para el cuidado de las niñas, niños y adolescentes, un punto que requiere mucha atención es el reconocimiento de las características y necesidades básicas de la etapa de vida en la que se encuentran ellas y ellos.

Por tanto, en este artículo nos proponemos desarrollar este tema, tomando como punto de partida lo siguiente:

> Nuestra sociedad está plagada de situaciones en las que no se protege a niñas, niños y adolescentes así se tenga la voluntad de hacerlo porque se desconoce en qué consiste su protección y porque las personas adultas encargadas de la protección no están lo suficientemente saludables como para ejercer adecuadamente esa protección. (Filomeno, 2024)

El presente artículo reflexionará acerca de la protección hacia niñas, niños y adolescentes tomando en cuenta sus características y necesidades propias de su individualidad y su ciclo vital, que involucran la comprensión de su mundo interno. Asimismo, se discutirá cuál es el rol que debe cumplir su entorno para promover su protección de manera integral, reconociendo y promoviendo el desarrollo de la autonomía.

2. La autonomía y el desarrollo evolutivo

Para hablar de protección es necesario abordar otro concepto que está sumamente relacionado: la autonomía. Ambos están relacionados con el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), primera ley internacional jurídicamente vinculante sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes, fue aprobada y ratificada en el Perú en el año 1990. Dentro de la CDN, en el artículo 3 se señala:

> Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. (Unicef, 2010, p.10)

El mencionado artículo señala que la protección de niñas, niños y adolescentes es un compromiso asumido por el Estado, y que toma en cuenta a otras personas adultas que también deben cumplir un rol protector. De esta forma, la protección no se puede entender de manera unidireccional, pues es un compromiso aceptado y firmado por casi todos los países a nivel mundial.

El conjunto de medidas que apunta a promover el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes no solo debe reconocerlos como sujetos de derechos —cuya dignidad debe ser defendida—, sino que debe ir más allá; es decir, reconocer en cada uno de ellos a una persona única y particular, cuya subjetividad se forma según las particularidades de su etapa de desarrollo dentro de un contexto sociohistórico y cultural. El carácter que queremos enfatizar es el de proceso, por eso es autonomía progresiva; nacemos siendo ciudadanos y tenemos derechos, pero en el transcurso del desarrollo y crecimiento aprendemos a ejercer nuestra ciudadanía y nuestros derechos, y a luchar por su defensa cuando estos no son respetados (Liebel y Meade, 2023).

Cuando se reciben cuidados al nacer se está ejerciendo —activamente— los derechos, gracias a quienes responden a las necesidades

básicas de las niñas y los niños de esa edad. Esto significa que, al inicio, serán las personas adultas quienes faciliten el ejercicio de estos derechos, pero a medida que las niñas y los niños se desarrollen lo irán haciendo cada vez más autónomamente. La única forma de promover el desarrollo de la autonomía es facilitando experiencias de su ejercicio según las características de la edad. No ayuda pensar a las niñas, niños y adolescentes como personas incapaces de tener experiencias autónomas. Tampoco se busca pensarlos como si fueran personas adultas, pues esto supone una falta de reconocimiento de las características de su etapa de vida, tal y como ocurre cuando se ha propuesto reducir la edad en torno a la ley penal, al pensar que una falta cometida por un adolescente debe ser sancionada como si hubiese sido cometida por una persona adulta. Es importante reconocer que las niñas, niños y adolescentes tienen sus propias características y potencialidades, y están viviendo un proceso de desarrollo que debe ser favorecido por las personas adultas, quienes tienen la responsabilidad de asumir un rol protector que responda a sus necesidades y características.

Un concepto vinculado con lo anterior es el de la «evolución de las facultades del niño». Este implica considerar el cuidado de ellas y ellos evitándoles una exposición prematura a responsabilidades normalmente asociadas con la edad adulta (Lansdown, 2005). Este cuidado no siempre se cumple porque vemos que niñas, niños y adolescentes asumen responsabilidades prematuramente; por ejemplo, en sectores económicamente pobres y pobres extremos, muchas veces se ven obligados a trabajar por la situación económica que existe en sus hogares, ya que no se llega a cumplir con sus necesidades básicas de subsistencia, como la salud y la educación. De esta manera, nos encontramos con niñas, niños y adolescentes que trabajan en las calles vendiendo diferentes artículos, en ocasiones acompañados de sus cuidadores, y en otras oportunidades, sin ellos. Sin estos ingresos no podrían transportarse a la escuela o tener alimento para su día a día.

La no comprensión de lo que significa la autonomía de niñas, niños y adolescentes tiene como consecuencia otorgarles responsabilidades en cuestiones para las cuales ellas y ellos no están preparados en términos madurativos en su ciclo vital, lo cual puede colocarles

en situaciones de riesgo y limitar la protección que les corresponde. Esto, muchas veces, tiene como resultado la sobre adaptación de estas niñas, niños y adolescentes, quienes se ven obligados a crecer forzosamente debido a los escenarios en los que se ven envueltos. Para clarificar un poco esta idea, nuestra experiencia en el consultorio está teñida de casos de adolescentes de 13 años que trabajan fuera de casa y tienen que cuidar a familiares con algún problema de salud, en lugar de ir al colegio o jugar con sus pares. A largo plazo, se puede ver cómo este salto grande, que se da entre ser un niño a convertirse en la o él adulto a cargo dentro del hogar, impacta negativamente en su salud mental y su desarrollo saludable.

El ejercicio autónomo de los derechos es posible gracias a que somos capaces de hacernos más responsables de nuestras propias vidas y de tomar decisiones cada vez más complejas; sin embargo, hay que tener presente que esta capacidad no se desarrolla de un momento a otro, sino que es el resultado de una serie de cambios que experimenta nuestro sistema nervioso —entre otros— a lo largo de nuestra vida, lo cual nos permite adquirir nuevas capacidades y habilidades funcionales. Este proceso de cambios también es conocido como neurodesarrollo y se va construyendo a partir de diferentes variables, tales como el ambiente físico, la adversidad temprana, la nutrición, la inmunidad, el estrés prenatal, la exposición a situaciones adversas, entre otros (Förster y López, 2022). A medida que las niñas, niños y adolescentes van desarrollando diferentes habilidades que les permiten desarrollar progresivamente su autonomía, lo cual posibilita tener diferentes responsabilidades en su vida. Esto también debe relacionarse con el entendimiento que se tiene de la protección hacia ellas y ellos.

Cuando hablamos de protección, ¿a qué tipo de protección nos referimos? Tal y como se ha presentado, la protección hacia ellas y ellos puede llevar a tomar acciones que, si bien tienen un fin, también pueden significar dejarlos de lado. Por ello, es necesario que se tomen en cuenta las características y capacidades de las niñas, niños y adolescentes en función de su etapa de vida. Por tal motivo, vamos a presentar cómo es su desarrollo y cómo esto se va complementando con el ejercicio de los derechos, y de las características que debe ir

tomando la protección que les damos. Para esto, nos basaremos en los estudios sobre psicología evolutiva que demuestran cómo el desarrollo implica un proceso de individuación y desarrollo de la autonomía. En ese contexto podremos reconocer qué responsabilidades pueden asumir las niñas, niños y adolescentes.

2.1. Primeros años y niñez

Hoy en día se sabe que los primeros años de vida son fundamentales en el desarrollo saludable de las etapas posteriores. Durante los primeros años de vida las niñas y los niños desarrollan su sentido de sí mismos; es decir, reconocerse como personas diferentes a sus mamás, papás o familiares. Esto se produce por un proceso paulatino de separación del cuidador primario y el desarrollo de su propia individualidad (Mahler, 1990). Asimismo, durante estos primeros años de vida, el organismo humano y el cerebro empiezan a desarrollar sus funciones; esto posibilita que se aprenda a caminar y a hablar, pero, también a desarrollar confianza en el mundo que les rodea. Es importante para las niñas y los niños sentir que las otras personas —que les brindan cuidados— responderán a sus necesidades.

Brazelton y Greenspan (2014) han señalado estudios en los que se demostraba que las sonrisas de los bebés aumentaban cuando se les sonreía, al igual que su vocalización cuando se les respondía. Esto quiere decir que cuando la persona adulta responde a los sonidos que hace el bebé, la posibilidad de respuesta aumenta a un nivel significativo. Este intercambio entre madre y bebé está marcado por contactos emocionales, los cuales tienen como resultado el enriquecimiento cognitivo y social del bebé. Asimismo, se estudiaron imágenes del cerebro mientras que este contacto emocional se establecía y se encontró que, durante este intercambio, muchas áreas diferentes del cerebro se encontraban activas (Brazelton y Greenspan, 2014).

Leer las señales del bebé y construir una relación exige una gran cantidad de afectividad sincronizada entre este y su madre, padre o persona cuidadora, lo que implica el disfrute del bebé, sentirse parte de la interacción y actuar de manera recíproca (Brazelton y

Greenspan, 2014). Esto guarda relación con lo señalado por Bowlby (1951) cuando describe que es esencial para la salud mental que el bebé y el niño pequeño experimenten una relación cálida, íntima y continuada con la madre o quien le tenga a su cargo en el rol de cuidado, en la que ambos hallen satisfacción y goce. Aquí se genera una primera comunicación implícita (sensorial, visual y sonora) cargada de afectos y emociones que, cuando se establece de manera continua, van generando un estado emocional de seguridad básica. Más tarde, Winnicott (1962), quien fue un pediatra y psiquiatra muy reconocido, desarrolló el concepto de «madre suficientemente buena» para hacer referencia a aquella figura cuidadora (puede ser la mamá, el papá o alguna otra persona que brinde los primeros cuidados a un bebé) que es capaz de adaptarse, casi en su totalidad, a los requerimientos de su bebé. Sin embargo, a medida que pasa el tiempo, de forma muy gradual, esta figura se debe ir adaptando menos con el fin de que el bebé comience a entender que su figura cuidadora no es parte de él y no está enteramente a su disposición. Esto lo irá preparando para enfrentar las frustraciones y desarrollar su autonomía.

Si consideramos todas estas necesidades, ¿qué ocurre cuando estas señales no son leídas? ¿Qué ocurre cuando esta afectividad no es sincronizada? Brazelton y Greenspan (2014) señalan que lo peor que le puede suceder a un bebé es no tener a una persona que le dé afecto o no sentirse seguro con la persona que le cuida. Dicho de otro modo, es indispensable para el desarrollo saludable del bebé la persona que le tiene a su cargo sea capaz de proveer un ambiente seguro, donde el vínculo se caracterice por brindarle confianza y estabilidad, de forma en que se cumpla la necesidad básica de protección y cuidado.

Esto nos hace reflexionar sobre varios escenarios. El primero, bebés, niñas y niños que cuentan con una persona adulta cuidadora a nivel físico, pero que no necesariamente esta persona puede cubrir sus necesidades psicológicas. También, se encuentran casos de cuidadores muy amorosos, pero al vivir en un estado de precariedad económica se ven obligados a estar fuera de casa todo el día, quedándose estos bebés, niñas y niños a cargo de un familiar o incluso solos durante muchas

horas del día. Por último, también hay casos donde las y los cuidadores recurren a diferentes formas de violencia hacia sus hijas e hijos. En todos estos escenarios vemos situaciones donde niñas y niños se ven expuestos a falta de afecto o donde se vivencia inseguridad dentro de las formas de cuidado, debido a que la persona cuidadora se muestra ambivalente o incoherente, por lo que esta necesidad queda insatisfecha. Todas estas vivencias van dejando un registro en el mundo emocional de estos bebés, que más adelante serán niñas, niños y adolescentes.

A medida que las niñas y los niños crecen, se van incorporando otras necesidades afectivas y experiencias adecuadas a su etapa de desarrollo (Brazelton y Greenspan, 2014). Con el paso del tiempo, pueden ir fortaleciendo el procesamiento de la información sensorial y generando respuestas activas, así como aprendizajes más complejos, lo cual les permite realizar diferentes actividades y desarrollar su propia individualidad y autonomía. Asimismo, la entrada al ámbito educativo marca el inicio de la escolaridad; en cada grado las niñas y los niños ponen en práctica y refuerzan, en el compartir social con sus pares, ciertas competencias que les ayudan a tener mayor agencia (capacidad de gestión) en su entorno.

Este desarrollo va acompañado del crecimiento y maduración del sistema nervioso y corporal, ligado a su motricidad fina (por ejemplo, atarse los zapatos, dibujar, etcétera) y gruesa (por ejemplo, correr, saltar, etcétera), lo cual construye una representación de uno mismo. Entre los 7 y 11 años, su desarrollo cognitivo va desde un pensamiento concreto hacia un pensamiento más simbólico, que les permitirá realizar operaciones mentales más complejas (Piaget, 1983). A medida que su pensamiento e integración de la regulación de sus estados emocionales se hace más complejo, mejora su capacidad de desarrollar empatía por el otro, y mejora su capacidad para reconocer reglas y normas de convivencia de su entorno. Sin embargo, aún estas seguirán en función de las personas adultas más cercanas, ya que todavía niñas y niños están comenzando a desarrollar su juicio moral, un proceso que surge a partir de los 10 u 11 años aproximadamente (Piaget, 1983).

No todas las niñas y niños se desarrollan de la misma forma. Tal y como se mencionó, hay muchos factores que influyen en la maduración cerebral y en el desarrollo de sus intereses y habilidades. Su entorno y las experiencias que han vivido influyen para que puedan realizar algunas actividades con mayor facilidad que otras. Una niña o un niño que desde muy pequeño haya vivido en una familia donde ha estado presente la música y el baile en el hogar, es probable que desarrolle —en mayor medida— sus capacidades motrices y musicales. Además de los factores externos que pueden influir en su desarrollo, cabe resaltar lo importante que es para las niñas y los niños sentir que son capaces de realizar actividades y producir nuevas cosas, de forma autónoma y creativa; es decir, que existe un ida y vuelta, una sinergia, entre lo que ofrece el ambiente y lo que niñas y niños aportan desde su propia persona. Por ello, es necesario que tengan experiencias adecuadas a sus propias características individuales (Brazelton y Greenspan, 2014), lo cual es posible si cuentan con personas adultas que sepan reconocerlas y acogerlas.

Durante los primeros años de la niñez cobra un papel importante la sexualidad infantil. Y cuando hablamos de ello, es necesario señalar que guarda grandes diferencias con la sexualidad adulta. Los intereses de las niñas y los niños están en la exploración sobre el propio cuerpo; por ello, no es poco común que pueda ocurrir la masturbación. También, las niñas y los niños se pueden mostrar muy interesados en el cuerpo de personas como mamá o papá, ya que empiezan a identificar las diferencias entre ambos. Estos actos no tienen la misma connotación cuando los realiza una persona adulta y, por ello, es necesario reconocer el peligro que puede traer tener una interpretación errónea de la actividad sexual de las niñas y los niños.

Ahora bien, ¿cómo pensar en la protección desde esta etapa de vida? Con el fin de responder a esta pregunta, vamos a tomar como ejemplo el caso de niñas, niños y adolescentes en situación de desprotección familiar que son llevados a Centros de Acogida Residencial (CAR) públicos o privados. Por la situación en la que se encuentran, debido a que sus madres y padres no han podido cumplir con sus necesidades básicas de cuidado, deben salir de su hogar en sus primeros

años —o incluso meses— de vida, para vivir en entornos institucionales como medida de protección y cuidado hacia ellas y ellos. ¿Qué suele ocurrir en estos casos?

Los entornos institucionales han sido creados para proteger a las niñas, niños y adolescentes de una manera más adecuada, cuando sus necesidades básicas no están siendo cubiertas por sus padres o cuidadores; sin embargo, en ocasiones hay elementos a tener en cuenta. Por ejemplo, Brazelton y Greenspan (2014) señalan que, en el mundo emocional de las niñas, niños y adolescentes, a veces resulta un mejor escenario tener madres, padres o personas cuidadoras no suficientemente adecuados con tal de no experimentar una situación que pueda ser disruptiva[3] como la salida de su hogar para ser internado en una institución. En nuestra experiencia hemos observado que muchas niñas, niños y adolescentes han sido separados de sus familias de forma intempestiva por diversos factores; este tipo de separaciones son disruptivas y dejan marcas que repercuten en cómo se desarrollarán, especialmente cuando estas no han sido comprendidas trabajando el duelo[4] que implican. ¿Cuántas preguntas pueden surgir al vivir esas separaciones? ¿Cómo serán procesadas estas vivencias a nivel psicológico? Estas observaciones se ven unidas a las realizadas por diversos estudios, y nos llevan a plantear que la protección hacia las niñas y niños debe evitar generar más experiencias disruptivas o aquellas que no consideren sus procesos y características.

Cuando se han experimentado separaciones de manera abrupta, en estas etapas tempranas, suele suceder que estas no han podido ser elaboradas, ya que la niña o el niño no ha tenido la oportunidad de entenderlas y procesarlas emocionalmente. De esta forma, las separaciones de las personas importantes —claves para la regulación afectiva— pueden ser vividas como si hubieran desaparecido e incluso muerto. Además, cuando son las niñas o los niños quienes se mudan

3 Benyakar (2006) define lo disruptivo como algo que irrumpe en la vida de una persona de tal manera que genera un desbalance pudiendo llegar a ser algo traumático.

4 Entendemos por «duelo»: la reacción frente a la pérdida de una persona amada o de una abstracción que haga sus veces, como la patria, la libertad, un ideal, etcétera (Freud, 1917).

a un nuevo ambiente, podrían tener la fantasía[5] de que ellas o ellos son culpables de esta separación, quedándose con la idea de haber sido ellos quienes abandonaron a sus personas protectoras, viviendo este suceso con mucha angustia. Por eso, estas separaciones muchas veces pueden resultar traumáticas[6]. A menudo nos encontramos con numerosos casos de niñas, niños y adolescentes que señalan no tener recuerdos sobre sus cuidadores, mucho menos de la separación o cómo llegaron al ambiente institucional donde se encuentran. Tienen una ausencia de recuerdos que no les permite entender los orígenes ni la continuidad de sus historias de vida.

Ante esto surge el cuestionamiento de ¿cómo vivirán a nivel emocional las separaciones futuras que se van dando como parte de su vida? ¿Cómo vivirán el conocer y/o relacionarse con nuevas personas? Las separaciones, por más cortas que sean ¿serán vividas como tales o como un nuevo abandono? Pensemos en cómo las separaciones tempranas que no se han podido procesar y han dejado sentimientos dolorosos, se pueden actualizar frente a nuevas situaciones de separación. Por ejemplo, cuando una cuidadora del ambiente institucionalizado termina su turno o cuando se va de vacaciones, ¿será vivido por esta niña o niño solo como unas vacaciones? O cuando llegan nuevas personas que están buscando adoptar y eligen a una de sus compañeras o compañeros, ¿cómo viven esas separaciones? Es importante que nos hagamos estas preguntas.

Nuestra experiencia nos ha demostrado que todo esto tiene enormes consecuencias a nivel psíquico y emocional y un impacto respecto a la posibilidad de relacionarse con las demás personas de un modo seguro. Relación y seguridad son la base de la construcción y regulación del funcionamiento mental saludable (Bowlby, 1986). Sin embargo, algo que ocurre frecuentemente es que, como adultos,

5 Entendemos por «fantasía»: el guion imaginario en el que se halla presente el sujeto y que representa, en forma más o menos deformada por los procesos defensivos, la realización de un deseo y, en último término, de un deseo inconsciente (Laplanche y Pontalis, 2004).

6 Entendemos por «traumático»: vivencia que rompe la articulación entre el afecto y la representación imposibilitando su procesamiento, que se produce por el impacto de un evento disruptivo (Benyakar, 2016).

desestimamos y no logramos reconocer cómo es el sufrimiento que las niñas y los niños pueden tener (Janin, 2012). Por eso, es importante hacer un señalamiento de cómo distintas realidades van a tener distintas implicancias a nivel emocional. Una niña o niño que tuvo cuidadores muy amorosos, vivió dentro de su hogar y su entorno fue capaz de brindarle seguridad, será capaz de afrontar las separaciones y cambios de una manera más sencilla, a diferencia de una niña o niño en las condiciones de las que hablamos a lo largo de este artículo, para quienes podría resultar un proceso más doloroso.

En suma, es necesario reconocer el desarrollo emocional de las niñas y los niños como un elemento que está relacionado con su autonomía, y que se va construyendo en conjunto con un entorno que sea seguro para ellas y ellos, donde haya estabilidad en sus vínculos protectores y que sea sensible hacia sus necesidades y características durante su desarrollo. Las niñas y los niños nacen con la capacidad de buscar y atraer la seguridad en las personas de su entorno (Bowlby, 1986), de tal manera que faciliten el desarrollo de la madurez y autonomía. Además, los vínculos afectivos tienen un gran potencial estructurante para el desarrollo saludable (Benito, 2024). Por ese motivo, la tarea de las personas adultas es responder brindando una protección y contención física y emocional, a través de un vínculo cercano y seguro.

2.2. Adolescencia

La adolescencia es una etapa del desarrollo que se da entre la niñez y la adultez, y que se caracteriza por la reorganización y cambios en el ser humano. Acontecen una serie de fenómenos (crisis) por los cuales una persona reorganiza su propia identidad, su sexualidad y las relaciones que establece con las demás personas, dando paso a comportamientos y maneras de ser adulto (Carvajal, 1993). Durante esta etapa, entran en conflicto las exigencias internas, propias de su maduración biológica del sistema nervioso, y las exigencias externas, producto de los roles socioculturales que se le asignan a las y los adolescentes. La combinación de ambas exigencias puede generar mucha confusión; requiere un proceso que no está exento de dudas

cuyas respuestas no siempre son tan claras, y deben ir descubriéndose a medida que van creciendo y experimentando.

Durante esta etapa acontece un salto cualitativo en el neurodesarrollo, experimentando un crecimiento acelerado luego de la pubertad. Las tendencias madurativas producen cambios biológicos, hormonales, de comportamiento y regulación emocional, y psíquicos, que se dan al interior y exterior de las y los adolescentes. El cuerpo deja de ser el de una niña o un niño y pasa a tener características sexuales secundarias, producto de las hormonas en el organismo. Algunos ejemplos de estos cambios son que en las mujeres crecen los senos y se ensanchan las caderas, y en los varones cambia la voz y aumenta la masa muscular (crecimiento de los hombros y la estatura); en ambos casos también aparece el vello púbico. Estos cambios aparecen en la pubertad y significan la maduración sexual de mujeres y varones. De la misma manera, en el cerebro se desarrollan estructuras involucradas con las emociones, el juicio, la organización de la conducta y el autocontrol (Papalia, Feldman y Martorell, 2012).

A las y los adolescentes se les asignan ciertos roles sociales; es decir, las formas esperables sobre cómo deberían comportarse. Por ejemplo, comúnmente se espera que empiecen a comportarse de manera «más madura», que asuman nuevas responsabilidades en su hogar y en el colegio, o que empiecen a planificar y a tomar decisiones sobre su futuro. Estos roles difieren en función del género: tradicionalmente, se espera que las mujeres ejerzan funciones de cuidado hacia otras personas, sean sensibles y expresivas emocionalmente; en el caso de los varones, tradicionalmente se espera que sean racionales, proveedores y competitivos (Baron y Byrne, 2005; Tajer, 2009).

Las investigaciones sobre el neurodesarrollo afirman que el desarrollo cerebral y la mielinización culminan al término de la adolescencia e inicios de la juventud, alrededor de los veinticuatro años (Arain, Haque, Johal, Mathur, Nel, Rais, Sandhu y Sharma, 2013; Carlson, 2014; Papalia et al., 2012; Siegel, 2014). Esto posibilita el despliegue del pensamiento reflexivo; es decir, la capacidad para evaluar activamente la información y las creencias de acuerdo con los

hechos y las consecuencias (Papalia et al., 2012). Sin embargo, esto no ocurre de igual forma para todas y todos los adolescentes, ajustándose a las características individuales de cada una o uno.

Durante la adolescencia el cerebro aún está desarrollándose, siendo la corteza prefrontal (el área que se encarga de coordinar e integrar la información de distintas áreas del cerebro, como la corteza, el área límbica, el tronco del encéfalo y el mundo social) la última parte de todo el resultado del proceso madurativo e integrativo (Siegel, 2014). El proceso de maduración cerebral implica la capacidad de tomar mejores decisiones, pasar de la acción directa (descarga) a un pensamiento más reflexivo y analítico, capaz de postergar ciertas acciones y fortalecer el análisis y la reflexión de sus experiencias y demandas. Es por eso que las y los adolescentes, a medida que van creciendo y desarrollándose, pueden elaborar juicios más sensatos, lo que les permite tomar mejores decisiones (Siegel, 2014).

Este no es un proceso lineal, hay avances y retrocesos temporales. Es por este motivo que durante la adolescencia es muy característico plantearse proyectos que, en muchos casos, pueden parecer irreales en cuanto a la posibilidad de su concreción (Dolto, 1992), por su falta de acercamiento a la realidad externa. Este es el caso de adolescentes que dicen que quieren mudarse de su casa sin tomar en cuenta —verdaderamente— lo que esto puede conllevar y cuáles son las condiciones previas para que esto ocurra. Las experiencias que han vivido las y los adolescentes, así como el proceso madurativo de su cerebro, pueden hacer que no tomen en cuenta elementos que otras personas sí considerarían, lo cual puede llevarlos a tomar decisiones que pueden colocarles en riesgo; esta es una etapa en la que aumenta la exposición a conductas de riesgo (Papalia et al, 2012) y por eso es muy importante mantener la tarea adulta de protección.

Asimismo, durante esta etapa se da la crisis de autoridad (Carvajal, 1993) que se manifiesta en que las y los adolescentes cuestionen y enfrenten lo que dicen las personas adultas y las normas que les transmiten. Esta crisis, expresada en la confrontación y rebeldía será más ligera en la medida en que las y los adolescentes hayan ido incorporando las normas desde sus primeros años de vida, comprendiendo

su importancia y razones y, sobre todo, observando que las personas adultas que las brindan, también las cumplen. La crisis de autoridad sucede, con mayor frecuencia, con sus figuras adultas más cercanas, ya que la adolescencia es un proceso de construcción de la identidad e implica diferenciarse y confrontar, en un inicio, a las personas adultas de su entorno. Sin embargo, este proceso también es transitorio y posibilita que las y los adolescentes construyan su propio modelo de juicios y valores morales para su vida.

Si bien las y los adolescentes ya no son niñas o niños, tampoco son adultos; esto significa no entregarles total libertad ni dejarlos solos durante esta etapa. Muchas veces se puede pensar que ya deben asumir responsabilidades que para las personas adultas son algo cotidiano; por ejemplo, el cuidado total de las hermanas o hermanos o el trabajo como medio para sustentar la economía del hogar. Esto no es así. Es indispensable respetar las características de esta etapa y que haya adultos que los guíen y acompañen durante ella. Así nos lo recuerda Winnicott:

> Afirmo que el adolescente es inmaduro. La inmadurez es un elemento esencial de la salud en la adolescencia. No hay más que una cura para ella y es el paso del tiempo y la maduración que este puede traer. La inmadurez es una parte preciosa de la escena adolescente. Contiene los rasgos más estimulantes de pensamiento creador, sentimientos nuevos y frescos, ideas para una nueva vida. La sociedad necesita ser sacudida por las aspiraciones de quienes no son responsables. Si los adultos abdican, el adolescente se convierte en un adulto de forma prematura y por un proceso falso. (Winnicott, 1971, p. 189)

La cita del autor nos invita a reflexionar sobre el hecho de que, cuando se toman responsabilidades de forma prematura, puede ocurrir una falsa adaptación al ambiente y una pseudo madurez. Por eso, este autor también nos invita a validar la inmadurez como característica importante de la adolescencia:

> Se podría aconsejar a la sociedad: por el bien de los adolescentes y de su inmadurez, no les permitan adelantarse y llegar a una falsa madurez, no les entreguen una responsabilidad que no les corresponde, aunque luchen por ella. Con la condición de que los adultos no abdiquen, no cabe duda de que podemos pensar que los esfuerzos de los adolescentes por encontrarse y determinar su destino son lo más alentador que podemos ver en la vida que nos rodea. El concepto del adolescente acerca de una sociedad ideal es incitante y estimulante, pero lo característico de la adolescencia es su inmadurez y el hecho de no ser responsable. Este, su elemento más sagrado, dura apenas unos pocos años, y es una propiedad que cada individuo debe perder cuando llega a la madurez. (Winnicott, 1971, p. 189)

El mencionado autor también hace un llamado de atención para recordarnos que las y los adolescentes van a luchar por sus ideales e independencia, lo cual es un indicador de salud mental. Pero, hay adolescentes que se han quedado estancados en los discursos de sus familias y otros cuidadores, muchas veces porque aquellos han sido transmitidos de una forma rígida e impositiva. El problema radica en que esto limita su capacidad creativa y propositiva (tan importantes para el desarrollo de la sociedad), así como la posibilidad de que ellas y ellos mismos construyan, a partir de lo recibido, su propio sistema de valores y el sentido de su vida. Esto no significa que olvidemos cuál es el rol que tenemos como personas adultas.

Otro aspecto importante vinculado con sus ideales y búsqueda de independencia es que, durante la adolescencia, ellas y ellos esperan que se cumpla todo aquello que quieren a su manera. Son capaces de tomar muchos riesgos y decisiones apresuradas porque se consideran invencibles. Su lógica adolescente les dice que nada malo les podría pasar, aunque, inconscientemente, coexisten temores y dudas sobre los riesgos que pueden tomar. Si lo vemos por unos segundos desde esa óptica, qué características increíbles, ¿no es así? Pensarse invencibles, donde pareciera que nadie los puede alcanzar y/o bajar de esa nube, con tantas fantasías y sueños por alcanzar; ofrecen una feroz

lucha a cualquiera que intente sacarlos de ese lugar. El tema está en que, por más refrescantes que puedan parecer estas características, también hay algunos puntos ciegos desde la mirada adolescente, ya que durante los años que siguen a la pubertad, los centros de las respuestas defensivas y las respuestas placenteras no tienen una suficiente actividad reguladora: al córtex prefrontal poco presente se suma que partes como la amígdala cerebral y el núcleo *accumbens* (cerebro interno) están hipertrofiados. Frente a esto, el papel de las personas adultas cuidadoras es fundamental para ayudar a favorecer el desarrollo del principio de realidad[7].

Por todas estas características del desarrollo adolescente, es necesario que haya personas adultas responsables y empáticas que acompañen a las y los adolescentes a ir asumiendo nuevas responsabilidades en su vida. Para poder cumplir con esta tarea, es importante que estas personas adultas conozcan bien cuáles son las características de la etapa de vida en la adolescencia. Esto implica ayudarlos a reconocer que hay límites establecidos que deben ser respetados, así como decisiones que todavía no les corresponden, pero de las que pueden participar. De la misma manera, la posibilidad de brindarles información que les ayude a tomar mejores decisiones y encontrar el sentido de su vida. Como decía Winnicott, es importante que los adultos no abdiquen de este rol.

Finalmente, la etapa adolescente se caracteriza por estar llena de cambios y transiciones que posibilitan un camino hacia la madurez biológica y psicológica. Este periodo de vida debe ser acompañado por personas adultas que sean capaces de brindar la protección que estas y estos adolescentes aún no pueden darse a sí mismas o mismos plenamente. Esto no significa quitarles totalmente su libertad para tomar decisiones o hacer sentencias absolutas de lo que deben o no hacer, pero sí significa hablar, pactar y establecer ciertos límites que permitan su protección y cuidado, incluso cuando esto no sea de su agrado. En su momento, los límites resultarán frustrantes para las y

7 Entendemos por «principio de realidad»: Principio regulador por el cual la búsqueda de la satisfacción no se efectúa por los caminos más cortos, sino mediante rodeos, y aplaza su resultado en función de las condiciones impuestas por el mundo exterior (Laplanche y Pontalis, 2004).

los adolescentes; seguramente, serán vividos como imposiciones y esto, muchas veces, los lleva a sentirse incomprendidos. Sin embargo, estos límites y frustraciones resultan necesarios para su desarrollo psicológico saludable. Ahora bien, si crecieron en un contexto en el que se les puso límites saludables desde sus primeros años, aceptarán con más facilidad los límites que se les ponga en la adolescencia.

La tarea de las personas adultas cuidadoras[8] es acompañar al adolescente en su búsqueda de autonomía, sin confundirla con una permisividad total. Es importante no olvidar que durante esta etapa —también— están presentes las necesidades de un apego sano y seguro que les ayuden a regular y entender su mundo emocional, a la vez que su desarrollo neurológico y cognitivo les ayuda a entender, decidir, evaluar de un modo sano lo que ocurre a su alrededor. Es básico que en esta etapa pueda encontrar relaciones de apego adultas que le ayuden en estas tareas, tanto en la familia como fuera de ella.

3. El rol protector de las personas adultas

Hemos ido desarrollando cuál es el papel que tienen las personas adultas en cuanto a la protección de las niñas, niños y adolescentes. Ahora vamos a presentar algunas ideas para entender por qué muchas veces la protección no se da, y por qué es necesario evaluar los principios del sistema de protección desplegado por el Estado. Trataremos aquí dos elementos. El primero tiene que ver con la falta de conocimiento sobre el desarrollo evolutivo de las niñas, niños y adolescentes. El segundo tiene que ver con el propio estado de salud mental de las personas adultas cuidadoras.

La falta de conocimiento del desarrollo evolutivo puede llevar a asumir que un niño de 7 años es igual a uno de 9 años, o pensar que una niña y un niño de 9 años tienen las mismas características, cuando esto no es enteramente cierto. Si bien se han ido presentando

8 Entendemos por «cuidadoras o cuidadores» a todas las personas que ejercen un rol protector de las niñas, niños y adolescentes.

varios elementos que permiten reconocer características esperables dentro del desarrollo evolutivo de cada niña, niño o adolescente, estas no pueden ser aplicadas rígidamente a cada una o uno de ellos. Existen variaciones según el contexto en el que se ven insertos y, también, cuando la experiencia de vida no es la misma. Vivir en Lima Metropolitana no es igual que vivir en un pueblo pequeño en Piura, o en una comunidad nativa de Ayacucho o Amazonas. Es necesario pensar, también, en las propias características de las familias y la cultura en la que están insertas, y cómo influyen en el desarrollo infantil y adolescente.

Es común que muchas familias no identifiquen cómo el contexto puede impactar en sus hijas e hijos; esto no sucede necesariamente por falta de interés, sino que puede deberse a la falta de conocimiento o por el estado de salud mental de las mismas personas cuidadoras. Nuestra experiencia nos ayuda a ver que cuando una niña o niño es traído a consulta psicológica porque tiene algún síntoma, como orinarse en la cama o tener algún comportamiento oposicionista, es necesario no quedarse solamente en el discurso manifiesto. En estos casos, los padres —muy preocupados— piden que se trabaje con su hija o hijo porque es quien presenta el síntoma. Sin embargo, al explorar más sobre la historia familiar, muchas veces se evidencia que la niña o el niño solo está manifestando a través de sus conductas el síntoma de una problemática familiar o dinámica conflictiva en la que se ve envuelta o envuelto y que le está afectando emocionalmente.

En general, los padres y algunas otras personas cuidadoras no saben que algún miembro de una familia o institución, en este caso un niño o una niña, pueden expresar con sus síntomas una problemática mayor de la familia o de la institución en la que viven. Es así que tienen ciertas dificultades para establecer una relación entre los síntomas de las niñas, niños y adolescentes con el ambiente del que forman parte. Como hemos señalado, lo mismo que ocurre a las familias, también ocurre con las y los cuidadores en las instituciones públicas y privadas cuando no han sido capacitados adecuadamente para el cuidado infantil y juvenil, o cuando no han procesado sus propias experiencias infantiles que han sido dolorosas y hasta traumáticas, como veremos a continuación.

Son comunes las situaciones en las cuales las personas adultas responsables repiten con las niñas, niños o adolescentes, a quienes cuidan, experiencias que han tenido en su niñez o adolescencia. Por ejemplo, en el caso de la violencia, muchas madres y padres golpean a sus hijas e hijos tal y como ellos lo vivieron en sus propias familias. Para entender mejor esto, es necesario desarrollar un concepto que se conoce como compulsión a la repetición. Este es definido como:

> proceso incoercible y de origen inconsciente, en virtud del cual el sujeto se sitúa activamente en situaciones penosas, repitiendo así experiencias antiguas, sin recordar el prototipo de ellas, sino al contrario, con la impresión muy viva de que se trata de algo plenamente motivado en lo actual. (Laplanche y Pontalis, 2004, p. 68)

Esta definición explica que una persona, en su situación actual de vida, puede repetir experiencias de su pasado —muchas veces de origen inconsciente y que no son recordadas— que fueron difíciles, le trajeron malestar y no fueron «digeridas» psicológicamente en un proceso terapéutico. El concepto de compulsión a la repetición da luces sobre esta problemática: una persona tenderá a cuidar o descuidar tal y como fue cuidada o descuidada durante su vida. Esto no solo se puede observar en las familias, sino también al interior de las instituciones. Pero las repeticiones no son exactas, a veces puede ser al revés; por ejemplo, puede aparecer la sobreprotección como una forma de compensar la falta de protección y cuidado que tuvieron en su experiencia de vida. Muchas de estas repeticiones necesitan ser procesadas, mejoradas, curadas, cambiadas; por ello, es fundamental entender que aquello que no ha sido procesado puede quedar encapsulado y constituirse como una parte de la identidad, e incidir en las generaciones posteriores (Kordon y Edelman, 2010).

4. Conclusiones

A partir de lo expuesto, queremos reflexionar sobre cómo entender la protección de niñas, niños y adolescentes. Las políticas, los programas y las intervenciones pueden plantear medidas de protección sustentadas en el interés superior del niño; sin embargo, pareciera que este principio no siempre tomase en cuenta las implicancias biológicas y psicológicas, así como la individualidad de cada una o uno de ellos. Como se ha referido, la violencia también ocurre cuando no hay reconocimiento del otro como sujeto, con sus propias características, necesidades y deseos. Por ello, la protección debe tener una mirada integral de las niñas, niños y adolescentes al reconocer sus particularidades y características según su etapa de vida, vínculos cercanos y contextos sociales y culturales, y cómo experimentan las diversas situaciones de su vida en función de su desarrollo. Esto posibilitará que la protección sea efectiva y favorezca el bienestar y desarrollo saludable de ellas y ellos.

Si bien las niñas, niños y adolescentes están en proceso de desarrollo biológico y psicológico, el cual va favoreciendo la adquisición y desarrollo de su autonomía, es tarea de las personas adultas brindar una protección que, por la etapa de vida en la que se encuentran aquellas y aquellos, aún no pueden brindarse totalmente por su cuenta. La falta de conocimiento sobre las características de los primeros años de vida, la niñez y la adolescencia y sus particularidades según las culturas y las individualidades, ocasiona que se repitan patrones de comportamiento que muchas veces pueden resultar perjudiciales para el desarrollo saludable de niñas, niños y adolescentes. Por ende, toda persona que tenga bajo su responsabilidad a esta población, sea de manera directa o indirecta, tiene como tarea seguir reflexionando sobre las implicancias y vicisitudes de la protección que requiere.

Las reflexiones de Dolto (1992) nos ayudan a entender cuál debe ser el rol de las personas adultas durante esta época:

> El papel de esta responsabilidad es hacer que el niño adquiera autoridad sobre sí mismo, para ir tomando poco a poco la auto-

> nomía de las decisiones [...]. Dado que el papel de los padres es hacer que su hijo adquiera la autonomía, que sea capaz de satisfacer sus necesidades el día en que deje a sus padres. El objeto de la tutela es preparar a otra persona para ser autónomo y no tener necesidad de tutela, así pues en convertirse en autotutelado. (p. 191)

Todas las personas adultas por ser agentes protectores de niñas, niños y adolescentes, tienen la responsabilidad de velar por el cumplimiento de sus derechos y promover el desarrollo de su autonomía, de tal manera que se posibilite su autotutela. Este proceso es gradual y responde al desarrollo biológico y psicológico de cada persona. La protección está ligada con la autonomía y participación de la población de interés, permitiéndoles tomar decisiones de acuerdo a la etapa de su ciclo vital.

Todas las personas tenemos la responsabilidad de ejercer un rol protector de las niñas, niños y adolescentes. Esto no puede hacerse desde una posición que anule al otro y no reconozca sus características y necesidades. Por lo tanto, se requiere una protección sensible hacia las niñeces y las adolescencias a través del reconocimiento de las características propias de cada etapa, el contexto en el cual viven y el propio cuidado de la salud mental. De esta manera, se podrá facilitar el ejercicio de los derechos y el camino hacia la autotutela. Finalmente, hacemos mención que nosotros no elegimos ser adultos protectores, todas y todos lo somos.

Referencias

Arain, M., Haque, M., Johal, L., Mathur, P., Nel, W., Rais, A., Sandhu, R. y Sharma, S. (2013). Maturation of the adolescent brain. *Neuropsychiatric disease and treatment*, *9*, 449–461. https://www.dovepress.com/article/download/12651

Asamblea General de la ONU (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25. Nueva York: 20 de noviembre de 1989. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child

Baron, R. y Byrne, D. (2005). *Psicología Social* (10.ª ed.). Pearson Educación.

Benito, R. (2024). *Cerebros moldeando otros cerebros. Cómo las relaciones interpersonales guían la evolución del cerebro infantil y adolescente desde el nacimiento*. Desclée De Brouwer.

Benyakar, M. (2006). *Lo disruptivo. Amenazas individuales y colectivas: el psiquismo ante guerras, terrorismos y catástrofes sociales*. Biblos.

Benyakar, M. (2016). Lo disruptivo. El Impacto del Entorno en el Psiquismo. En E. Ramos, A. Taborda y C. Madeira (comp.), *Benyakar Moty: Lo Disruptivo y lo traumático: Abordajes posibles frente a situaciones de crisis individuales y colectivas* (pp. 13-40) (1.ª ed.). Nueva Editorial Universitaria. https://www.researchgate.net/profile/Alejandra-Taborda-2/publication/351633670_Lo_Disruptivo_y_lo_traumatico/links/60a27bae45851502e66750b6/Lo-Disruptivo-y-lo-traumatico.pdf

Bowlby, J. (1951). *Maternal Care and Mental Health*. Organización Mundial de la Salud.

Bowlby, J. (1986). *Vínculos afectivos: Formación, desarrollo y pérdida*. Morata.

Brazelton, T. y Greenspan, S. (2014). *Las necesidades básicas de la infancia: lo que cada niño o niña precisa para vivir, crecer y aprender*. Graó.

Carlson, N. (2014). *Fisiología de la conducta* (11.ª ed.). Pearson Educación.

Carvajal, G. (1993). *Adolecer: La aventura de una metamorfosis. Una revisión Psicoanalítica de la Adolescencia*. Tiresias.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2018). *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*. OEA.

Dolto, F. (1992). *La causa de los adolescentes. El verdadero lenguaje para dialogar con los jóvenes*. Seix Barral.

El Peruano (2023, 19 de septiembre). Más de 740 Familias Acogedoras del MIMP protegen a niñas, niños y adolescentes en abandono. *Diario Oficial El Peruano*. https://www.elperuano.pe/noticia/223401-mas-de-740-familias-acogedoras-del-mimp-protegen-a-ninas-ninos-y-adolescentes-en-abandono

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [Unicef]. (2006). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Unicef.

Förster, J. y López, I. (2022). Neurodesarrollo humano: un proceso de cambio continuo de un sistema abierto y sensible al contexto. *Revista Médica Clínica Las Condes*, *33*(4), 338-346. https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0716864022000724

Freud, S. (1917). Duelo y melancolía. En S. Freud, *Obras Completas* (pp. 235-255) (vol. 14). Amorrortu.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2020). Encuesta Nacional sobre Relaciones Sociales ENARES 2019. Principales resultados. INEI. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/presentacion_enares_2019.pdf

Janin, B. (2012). *El sufrimiento psíquico en los niños: psicopatología infantil y constitución subjetiva*. Centro de Publicaciones Educativas y Materiales Didácticos.

Kordon, D. y Edelman, L. (2010). Trauma y transmisión transgeneracional de lo traumático. En D. Kordon, L. Edelman, D. Lagos y D. Kersner (coord.), *Sur, dictadura y después: Elaboración psicosocial y clínica de los traumas colectivos* (pp. 276-299). Psicolibro Ediciones.

Lansdown, G. (2005). *La evolución de las facultades del niño*. Unicef.

Laplanche, J. y Pontalis, J. (2004). *Diccionario de psicoanálisis*. Paidós.

Liebel, M. y Meade, P. (2023). Adultocentrismo y el derecho de la niñez a la participación política. En M. Liebel, M. Martínez y P. Meade (ed.), *Protagonismo Infantil Popular. Derechos desde abajo y participación política* (pp. 147-173). El Colectivo y Bajo Tierra.

Loureiro, R. (2008). *El silencio en el abuso sexual infantil* [Monografía]. Instituto de Psicoanálisis Ángel Garma.

Mahler, M. (1990). *Estudios 2: Separación-individuación*. Paidos.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) (2024a). *Estadísticas de servicios: Niña, niño y adolescente*. https://www.mimp.gob.pe/omep/estadisticas-btn-nna.php

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) (2024b). *Casos atendidos a personas afectadas por hechos de violencia contra las mujeres, los integrantes del grupo familiar y personas afectadas por la violencia sexual en los CEM a nivel nacional – Niños, Niñas y Adolescentes*.

Naciones Unidas (2018). *Desafíos y prioridades: política de adolescentes y jóvenes en el Perú*. Sistema de las Naciones Unidas en el Perú: ONU Perú. https://peru.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Desafios_y_prioridades_politica_de_adolescencia_y_jovenes_Peru_-_ONU.pdf

Organización Panamericana de la Salud (OPS) (s.f). *Violencia contra las niñas y los niños*. https://www.paho.org/es/temas/violencia-contra-ninas-ninos

Papalia, D., Feldman, R. y Martorell, G. (2012). *Desarrollo Humano* (12.ª ed.). McGraw-Hill.

Piaget, J. (1983). *El Criterio Moral en el Niño*. Editorial Fontanella.

Pitillas, C. (2021). *El daño que se hereda. Comprender y abordar la transmisión intergeneracional del trauma*. Desclée De Brouwer.

Siegel, D. (2014). *Tormenta cerebral: El poder y el propósito del cerebro adolescente*. Alba.

Siegel, D. (2016). *La mente en desarrollo*. Desclée De Brouwer.

Tajer, D. (2009). Modos de subjetivación: modos de vivir, de enfermar y de morir. En *Heridos Corazones. Vulnerabilidad Coronaria en Varones y Mujeres* (pp. 47-68). Paidós.

Winnicott, D. (1962). *La integración del yo en el desarrollo del niño*. Editorial Laia.

Winnicott, D. (1971). Conceptos contemporáneos sobre el desarrollo adolescente y las inferencias que de ellos se desprenden en lo que respecta a la educación superior. En D. Winnicott (ed.), *Realidad y Juego*. Gedisa.

La solución al conflicto entre las facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos: ¿biparentalidad o multiparentalidad?

Alex F. Plácido V.
Universidad del Pacífico, Perú
placido_af@up.edu.pe

1. Introducción

En el caso de la filiación por naturaleza se presentan situaciones en las que la faceta estática no coincide con la faceta dinámica de la identidad filiatoria; vale decir que quien ha procreado no es quien está criando. En su momento, se explicó que «será el interés superior del niño el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer ante una identidad filiatoria dinámica que no se corresponde con aquel» (Plácido, 2018, p. 38). Por ello, y en consideración a las previsiones de los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), se señaló que:

> Durante la corta edad —por la alusión en el artículo 7 de la convención a la frase «desde que nace» —, el interés superior del niño se centra en el conocimiento del origen biológico, en su identidad filiatoria estática; pero superada esta etapa, ya existe una comunidad de afectos por la crianza entre padres e hijos, por lo que el interés superior del niño se dirige a «preservar» la identidad filiatoria dinámica. Por supuesto, esto debe tomarse como un postulado general, pues cada caso marcará el peso que

> otorgue el interés superior del niño a una u otra faceta de la identidad filiatoria. (Plácido, 2018, p. 42)

Este punto de vista se observa desarrollado en las decisiones del Poder Judicial: en la mayoría de los casos se viene prefiriendo la verdad biológica, y no en pocas ocasiones, la verdad afectiva. Así, en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia realizado en Lima los días 3 y 4 de noviembre de 2022, respecto del «tema 2» formulado con la pregunta «¿En los procesos de filiación debe prevalecer la identidad estática (biológica) o la dinámica (afectiva)?», se acordó:

> En los procesos de filiación, en los que se encuentren enfrentadas la identidad estática y la identidad dinámica, la solución del caso dependerá del grado de afecto que se haya generado entre el hijo y el padre de crianza, de tal manera que no existe una solución única, sino que dependerá de cada caso en concreto. (Centro de Investigaciones Judiciales, 2022, p. 1)

De esta manera, es que en las definiciones judiciales se impone —siempre— una visión biparental al momento de establecer el vínculo paternofilial; esto es, solo un padre y una madre para un mismo hijo. Ello se comprueba cuando, en el referido Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia sobre el acuerdo adoptado, este se fundamenta:

> En efecto, es común que en las audiencias cuando el juez se entrevista con los hijos, lo cual por cierto resulta ser un imperativo, pues recuérdese que es importante conocer la opinión del menor; los hijos que han mantenido una relación muy cercana con sus padres de crianza y no con sus padres biológicos, por lo general expresan su intención de querer seguir teniendo como padres a aquellos y seguir llevando su apellido; en cambio existen otros casos, en los cuales no obstante haber sido reconocidos por los padres de crianza, sin embargo no han generado un lazo afectivo con los mismos, y expresan su deseo de querer generar un vínculo con su padre biológico al cual recién conocen. Asimismo, existen hijos que, no obstante haber sido reconocidos

> por personas con las cuales no les une un vínculo biológico, sin embargo, nunca se han vinculado con los mismos, y desean de todas maneras vincularse con su padre biológico. (Centro de Investigaciones Judiciales, 2022, p. 27)

Sin embargo, en algunos casos de impugnación de paternidad se comprueba la concurrencia de padres biológicos y padres afectivos con quienes el hijo ha mantenido o mantiene contacto personal de alguna manera. Seguramente, estas situaciones serán resueltas de acuerdo con los criterios de la Casación n.º 4976-2017 Lima (Impugnación de paternidad, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 20 de noviembre de 2018) —a nuestro criterio, el primer caso de multiparentalidad que se sometió al Poder Judicial— en la que, a pesar de que el menor declaró mantener una relación con dos varones a los que reconocía como sus «papás», la solución fue a favor de la verdad biológica, desconsiderando la afectiva.

En este caso y conforme se expone en el fundamento jurídico octavo de la mencionada resolución, el menor fue reconocido por el señor Carlos Alberto Zegarra Cuba bajo la creencia de ser su hijo; tal reconocimiento fue impugnado por el señor César Humberto Morán Murga, quien demostró ser el padre biológico con la prueba de ADN. Por su parte, la madre, la señora Roxana Pierina Oviedo Bedoya, le señaló al menor que el señor César Humberto Morán Murga es su padre, habiendo permitido que conviva con él en las visitas que realizaba, y —a su vez— consintió que siga manteniendo una relación parental con el señor Carlos Alberto Zegarra Cuba. Sobre este contexto, en el fundamento jurídico decimoprimero, se expone que:

> En ese sentido, los demandados son los que distorsionan la identidad del menor y a fin de no seguir causándole mayor perjuicio, y teniendo como base el interés superior de este, se hace necesario que su identidad dinámica (constituida por una conducta de los demandados que le niega su condición de hijo y un comportamiento del demandante por querer asumir la condición de padre que le corresponde) coincida con su identidad biológica, por lo que este Supremo Tribunal coincide con la decisión tomada

> por la Sala Superior, no advirtiéndose infracción de las normas denunciadas. (Casación n.º 4976-2017 Lima, 2018, p. 22)

De otro lado, y respecto de la valoración de la opinión del menor, se señaló que:

> Tal declaración ha sido tomado en cuenta por la Sala Superior, conforme se advierte del considerando nueve de la impugnada, por lo cual se ha cumplido con escuchar al niño y evaluar su dicho; en buena cuenta, que el juez deba atender al menor no significa que tenga que hacer lo que este manifiesta, sino, bajo apreciación razonada y evaluación conjunta de las demás pruebas y situaciones existentes (que han sido señaladas en el considerando octavo de la presente ejecutoria), tome una decisión acorde con el interés superior del niño, lo cual se ha cumplido en la sentencia impugnada; más aún, si tal como ha señalado el menor, sí conoce al demandante y este lo sigue visitando, lo cual inevitablemente genera confusión al menor. (Casación n.º 4976-2017 Lima, 2018, p. 23)

De esta manera, se comprueba que —en la decisión judicial— el padre afectivo y el padre biológico no fueron involucrados; no obstante, las circunstancias aconsejaban una solución de integración en aras del interés superior del niño del caso en concreto. Precisamente, esa solución de integración es la multiparentalidad.

Ante la pregunta, por qué siempre se responde desde la biparentalidad situaciones en los que está presente la multiparentalidad —y, al contrario, esta última es desconsiderada o pasa inadvertida—, la respuesta se encuentra en la propia organización legal de las relaciones paternofiliales que se basan en el principio binario o de doble vínculo filial según el cual nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno.

No obstante, en estos casos particulares la respuesta es la multiparentalidad que permitirá involucrar a los padres biológicos y a los padres afectivos en el cuidado del hijo. Su consideración va a distorsionar las relaciones jurídicas originadas de la identidad filiatoria por

naturaleza, que —como se ha precisado— están estructuradas sobre la base de la biparentalidad, y va a imponer la necesidad de redefinirlas destacando los roles de coordinación que padres biológicos y padres afectivos deben asumir en la crianza y el desarrollo del hijo; de modo que se pueda recurrir, de ser necesario, a un coordinador parental para tal efecto. Se está ante un contexto en el que se debe resguardar el «triángulo afectivo» en el que se encuentra, lo que le resulta más beneficioso para el hijo.

Conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, toda persona, en cuanto hijo, tiene derecho a conocer libremente y con la mayor amplitud de pruebas quiénes son o fueron sus padres, y —a su vez— una vez determinada la paternidad o la maternidad, toda persona tiene derecho a ser cuidado por ellos y a preservar la identidad de sus relaciones familiares. De acuerdo con ello, es expreso el reconocimiento al derecho a la identidad filiatoria.

Estos derechos del hijo a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, que incluye el preservar la identidad de sus relaciones familiares, constituyen las dos facetas de la identidad filiatoria:

> desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo (artículo 7 de la Convención); mientras que, desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención). (Plácido, 2018, p. 57)

De ello, se concluye que «el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria» (Plácido, 2018, p. 58); por lo que no es necesariamente correlato del dato biológico determinado por la procreación.

En ese sentido, si la identidad filiatoria comprende esos dos aspectos, resulta evidente que en su determinación como en las de las relaciones paternofiliales que se derivan de ella —como es el caso

de la responsabilidad parental— deben considerarse ambas facetas. Por ello, se puede afirmar que el sistema jurídico tiende a su coincidencia; de tal manera que quienes hayan procreado al hijo (padres biológicos), sean quienes se encargan de su cuidado (padres afectivos).

Sin embargo, ¿cómo se debe determinar la identidad filiatoria y la responsabilidad parental cuando ambos aspectos no coinciden en una misma persona?; es decir, si la condición de padres biológicos y padres afectivos no recaen en las mismas personas, ¿cómo se definen las relaciones paternofiliales?

La realidad judicial informa la preeminencia del vínculo biológico sobre el vínculo afectivo, cuando no hay esa coincidencia. Como exponen Grosman y Martínez (2000):

> Una de las ideas más enraizadas en la sociedad es que el cumplimiento del rol parental y el afecto que requiere el desarrollo de esta función solo puede tener lugar plenamente cuando existe un lazo biológico. El simbolismo de la sangre, como vehículo que une a las generaciones y transporta la esencia de las personas, es la fuente del amor. Indudablemente, se reconocen otros nexos y emociones, pero la sangre aparece como la máxima garantía de lealtad, la que presta confianza de que el niño será debidamente cuidado. (p. 164)

No obstante, se viene imponiendo la idea que la crianza marca el desarrollo del hijo y que, por ello, el aspecto afectivo resulta de mayor relevancia que el biológico. Las mismas autoras señalan:

> Como reacción al enfoque meramente biológico, en la década del 70 comienza a elaborarse la idea de la parentalidad psicológica y social. En esta postura se enrola la obra de Anna Freud (psicoanalista), quien con Joseph Goldstein (jurista) y Albert J. Solnit (psiquiatra) defienden el criterio de que únicamente la función parental asumida en los cuidados cotidianos del niño puede definir al «padre psicológico», verdadero padre del niño. Para esta teoría cualquier adulto puede convertirse en un «padre psicológico», dependiendo ello de la cualidad de la interacción,

día a día, del compañerismo y del compartir experiencias. Este rol puede ser cumplido por el padre biológico, por el adoptivo o por otro adulto, pero nunca por alguien ausente, inactivo, sea cual fuere el lazo biológico o legal. Por consiguiente, los lazos de filiación vistos como «los derechos de la sangre», ya no son considerados necesariamente y en todos los casos correspondientes al interés superior del niño. (Grosman y Martínez, 2000, p. 164)

Pero, si la identidad filiatoria comprende esos dos aspectos y su determinación incide directamente en las relaciones paternofiliales, ¿por qué no integrar en la solución jurídica ambas facetas, cuando se comprueba que el hijo ha mantenido o mantiene una vinculación tanto con sus padres biológicos como con sus padres afectivos? De ello, se trata la multiparentalidad.

En estos casos, el interés superior del niño exige preservar el «triángulo afectivo» en el que se encuentra, lo que le resulta más beneficioso. Como explica Bossert (2009), refiriéndose a la situación del adoptado frente a sus padres biológicos y padres adoptantes:

> Por cierto, el mantenimiento del «triángulo afectivo», a que he hecho referencia, procede cuando no hay circunstancias que demuestren que resultaría perjudicial para el menor, como, por ejemplo, la pretensión de revinculación con este que formula el progenitor que lo abandonó y se desentendió de él sin razones justificantes y desarrolla una vida de vicios o delitos.
>
> Es decir, a la fórmula jurídica amplia, realista, de carácter humano, de mantenimiento de trato con la familia biológica, también debe aplicársele el principio del interés superior del menor y los tribunales evaluarán con realismo y no con abstracciones y fórmulas dogmáticas el posible daño que la presencia del progenitor biológico podría causar en la formación y el espíritu del niño que crece y se educa en el hogar de quienes él considera sus padres.
>
> En definitiva, en este difícil tema de los afectos cruzados por el niño que invocan guardadores y padres biológicos, la jurisprudencia se orienta por soluciones humanas, realistas, que

> preservando los nobles sentimientos, tienden a colocar, por sobre toda afirmación dogmática, lo que es mejor para el menor. (p. 91)

La multiparentalidad reconoce que la parentalidad es una construcción social que gira alrededor de dos polos:

> Por una parte, el principio de la verdad biológica. El niño debe conocer a sus padres en la medido de lo posible, tiene derecho a saber su origen, pensándose que la construcción de su sentimiento de identidad se vulnera sin este conocimiento (artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Empero, al mismo tiempo, en el otro polo se da primacía a una definición social de la parentalidad, según la cual el verdadero padre es aquel que se ocupa efectivamente de la función (artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño). (Grosman y Martínez, 2000, p. 166)

Ahora, ¿se han presentado supuestos de multiparentalidad en nuestra realidad social imperante? La comprobación personal por el patrocinio legal de procesos familiares y la revisión de pronunciamientos judiciales ha permitido advertir situaciones de multiparentalidad que son tratadas con una visión biparental y ninguna consideración tiene el interés superior del niño del caso concreto.

Con la actual solución judicial que desconoce la multiparentalidad, definitivamente para el niño del caso en concreto, su realidad es desatendida y su identidad filiatoria desconsiderada, a pesar de la presencia de un padre biológico y un padre afectivo, y —por lo mismo— ignorado su deseo manifiesto a entablar y mantener una relación con ambos.

Por otro lado, el padre biológico y el padre afectivo no realizan ninguna coordinación a causa de las soluciones judiciales que no los integran. Por lo mismo, el rol materno juego un papel antagónico al interés superior del niño.

2. El reconocimiento jurídico de la multiparentalidad

Para el reconocimiento de la multiparentalidad resulta necesario precisar el contenido y los alcances del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, dentro del marco del modelo constitucional y convencional de filiación y de responsabilidad parental de la Constitución Política del Perú (1993) y de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). En la eficacia integradora de este modelo, frente al Código Civil (1984) que no la regula, se encuentra la fundamentación receptora de la multiparentalidad. Ha señalado el Tribunal Constitucional (Expediente 5854-2005-PA/TC, pp. 3-4) que:

> El tránsito del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Por tanto, el Tribunal Constitucional (Expediente 5854-2005-PA/TC, pp. 3-4) agrega que:

> La constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula [...] bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 [en el que] se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45) o de la colectividad en general (artículo 38) puede vulnerarla válidamente.

Como se advierte, tal tránsito supuso determinar si la constitución y sus preceptos carecen de valor aplicativo inmediato por suponer un mandato al legislador o si, por el contrario, tienen una vinculatoriedad inmediata sin necesidad de mediación del legislador ordinario. En la primera etapa, la constitución tendría atribuido solamente un carácter programático. Es en la segunda etapa en la que la constitución está revestida de normatividad, de verdadera eficacia jurídica directa.

De esta manera, la constitución es una norma jurídica y sus preceptos gozan de eficacia jurídica, sin desconocerse las limitaciones impuestas por razón de la naturaleza de la norma que impida considerarla directamente aplicable, porque la propia constitución así lo establezca. Como explica Arce (1986):

> tanto desde una perspectiva formal como desde una óptica material, la constitución es verdadera norma jurídica, porque responde en un todo a los requisitos que el derecho objetivo debe reunir; por lo que, la eficacia jurídica de las normas constitucionales se justifica en su destinatario que son los ciudadanos y los poderes públicos, lo que refuerza la eficacia jurídica de la norma constitucional frente a todos; con sujeción o vinculatoriedad normativa de la voluntad constitucional. (pp. 99-100)

Adicionalmente, por la supremacía de la constitución sobre todas las normas ordinarias, aquella se erige en canon hermenéutico de las demás normas del ordenamiento jurídico, que no podrán ser entendidas ni correctamente aplicadas en contra de la Carta Fundamental, sino de manera acorde a sus esenciales contenidos.

La constitución ocupa una posición central en el ordenamiento jurídico, en virtud de la cual puede decirse que la relación entre constitución y normas infraconstitucionales no es de mera jerarquía sino de supremacía. Esta diferenciación nos manifiesta cómo, además, de su condición jerárquicamente superior sobre el resto de las normas, la constitución desarrolla una función de irradiación sobre el resto del ordenamiento jurídico. Una consecuencia de lo anterior —de gran importancia en cuanto a la interpretación jurídica— es la potenciación

de la interpretación sistemática sobre cualquier otra técnica (Balaguer, 1997, p. 42).

Siendo así, la determinación de sus esenciales contenidos dispone considerar la aplicación directa de sus preceptos y principios a los supuestos de hecho subsumibles en ellos, ya sea de forma inmediata —como fuente en sí, de carácter eminente—, ya sea de modo supletorio, en la medida en que contiene principios generales del derecho.

Como explica García (1985), «la sujeción a la constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema; por lo que, la constitución tiene eficacia directa y aplicación inmediata en el ordenamiento jurídico y, con mayor razón, frente a la legislación preconstitucional» (p. 49).

El reconocimiento de esta eficacia jurídica directa e inmediata de las normas constitucionales, obliga a los operadores jurídicos a una relectura de las disposiciones del Código Civil (1984) conforme a la Constitución Política del Perú (1993) para, en su caso, redelimitar el concepto y alcances de las instituciones reguladas o definir aquellas no contempladas en aquel.

Complementariamente, no se puede omitir mencionar que, entre los tratados internacionales de derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú, con posterioridad a la vigencia del Código Civil (1984), se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) que forma parte del derecho nacional desde 1990.

Sobre los tratados internacionales sobre derechos humanos, el Tribunal Constitucional (Expediente 5854-2005-PA/TC, 2005, p. 11) ha precisado, comentando el artículo 55 de la constitución, que:

> los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.

Agrega, el Tribunal Constitucional (Expediente 5854-2005-PA/TC, 2005, p. 11), el máximo intérprete de la constitucionalidad que:

> los derechos fundamentales reconocidos por nuestra constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo v del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Siendo así, el Tribunal Constitucional (Expediente 5854-2005-PA/TC, 2005, p. 11), concluye que:

> el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.

Sobre la base de las consideraciones precedentes, el Tribunal Constitucional (Expediente 00047-2004-AI, 2006) ha reconocido el rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Siendo así, la Convención sobre los Derechos del Niño forma parte del derecho nacional interno con rango constitucional y, como tal, es derecho válido, eficaz e inmediatamente aplicable por los órganos jurisdiccionales para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de la infancia y la adolescencia; los que deben ser interpretados conforme a dicho tratado internacional de derechos humanos.

3. El modelo constitucional y convencional de filiación y de responsabilidad parental

El modelo constitucional de filiación y de responsabilidad parental de la Constitución Política del Perú (1993) se infiere de las previsiones siguientes:

> **Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona.**
> Toda persona tiene derecho:
>
> 1. A la vida, a su **identidad** [énfasis añadido], 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.
> 2. A la **igualdad** [énfasis añadido] ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión y condición económica o de cualquier otra índole. […].
> 7. Al honor y a la buena reputación, a la **intimidad** [énfasis añadido] personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. […].
>
> **Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio.**
> La comunidad y el Estado **protegen especialmente al niño, al adolescente** [énfasis añadido], a la madre y al anciano en situación de abandono. También **protegen a la familia y promueven el matrimonio** [énfasis añadido]. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.
>
> La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.
>
> **Artículo 6.- Objetivo de la Política Nacional de población.**
> La política nacional de población tiene como objetivo **difundir y promover la paternidad y maternidad responsables** [énfasis

añadido]. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos [énfasis añadido], así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes [énfasis añadido]. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la **naturaleza de la filiación** [énfasis añadido] de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad.

El modelo constitucional de filiación y de responsabilidad parental responde a la concepción de familia de la Constitución Política del Perú (1993). La protección de la institución se debe otorgar independientemente que su origen sea matrimonial o extramatrimonial (artículos 4 y 5); de modo que, también deben protegerse por igual a los hijos concebidos y nacidos dentro o fuera del matrimonio. Ello importa, respecto de la determinación de la filiación matrimonial, la relativización del principio *favor legitimitatis* que sustenta la presunción de paternidad matrimonial; es decir, la promoción dispensada al matrimonio ya no impide la investigación de la filiación del hijo nacido dentro del mismo, a fin de que el vínculo filial tienda a coincidir con la verdad biológica (principio *favor veritatis*), pues no es suficiente una determinación meramente formal.

De otro lado y al reconocer expresamente a la identidad como un derecho fundamental a la par que a la intimidad, el modelo constitucional de filiación exige encontrar soluciones ponderadas al conflicto entre la intimidad de los progenitores y el derecho de los hijos a conocer a sus padres (artículo 2, incisos 1 y 7). Por cierto, en las soluciones que se adopten para resolver el anotado conflicto, debe reflejarse como una consideración primordial el principio de protección especial de los niños y adolescentes o principio *favor filii* (artículo 4), lo que determina preferir, en principio, el derecho a la

identidad del procreado antes que el derecho a la intimidad de los progenitores (Plácido, 2018, p. 39).

Ello, también, es así por el principio de promoción de la paternidad y maternidad responsables (artículo 6) que impone al Estado la obligación de adoptar acciones positivas a fin de afianzar el vínculo filial y destaca la existencia de un interés público en esta materia, y reconoce «el deber de los progenitores de reconocer al procreado y, consecuentemente, asumir los roles parentales» (Plácido, 2018, p. 39).

Precisamente, el comprobar la existencia de un deber constitucional de asumir el resultado del acto procreativo y, consecuentemente, aceptar los roles parentales derivados del principio de promoción de la paternidad y maternidad responsable destaca que la asunción de la calidad de madre o de padre está también ligada a la voluntad de asumir tal responsabilidad. Tal como señala Plácido (2018):

> [La asunción de la paternidad y/o maternidad es] un planteamiento muy alejado del fatalismo acto biológico (de la unión sexual y posterior procreación). Esto es, la paternidad o maternidad relacionada no ya con la biología sino con el hecho volitivo de tener un hijo; se ha dejado al papel, sino de la voluntad en sentido de acto jurídico, al menos a las iniciativas o comportamientos que tienden a crear o a destruir de hecho un vínculo de parentesco.
>
> Lo cual va a tener su reflejo en el concepto mismo de filiación; en otro momento concebido como el elemento central del estado de las personas y a tal título indisponible, deviene cada vez más dependiente de las intenciones y de las voluntades. Aparece así la idea de una responsabilidad asumida por una elección, voluntaria y no solamente por un imperativo legal. Al mismo tiempo, la filiación se separa claramente de los valores que antes pretendía garantizar. Durante mucho tiempo, su reglamentación tenía como finalidad la protección de las relaciones sociales: el sistema de parentesco se construía para asegurar la protección de la familia nacida del matrimonio, sobre la base de la presunción de paternidad, en la medida en que esta, a los ojos del legislador, era garante de orden y de paz. Se preocupaba entonces poco de la verdad biológica o de la verdad afectiva, o incluso de la

coincidencia entre las dos, no solo porque la primera era poco controlada, sino porque el objetivo del derecho de la filiación se orientaba hacia la defensa del matrimonio. El interés del niño era nacer y quedar legítimo, y la filiación se construía así pues en función y a favor del matrimonio. Cuando esta concepción cede ante el pluralismo de las parejas y el resultado de las reivindicaciones de la autonomía y ante la necesaria no discriminación de los niños, el derecho de filiación deviene cada vez más autónomo y orientado sobre la voluntad humana. (pp. 14-15)

Siendo así, en consideración al principio de paternidad y maternidad responsable, también se exige el cumplimiento del deber jurídico de contribuir en la determinación de la identidad filiatoria, informando los datos que permitan identificar a los progenitores que no quieren atender a las exigencias constitucionales.

Por otra parte, las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) vinculadas con el modelo convencional de filiación y de responsabilidad parental son las siguientes:

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, **una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño** [énfasis añadido].
2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad,

sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 7

1. **El niño** [énfasis añadido] será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y **tendrá derecho desde que nace** [énfasis añadido] a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, **en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos** [énfasis añadido].

2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados partes se comprometen a respetar el **derecho del niño a preservar su identidad** [énfasis añadido], incluidos la nacionalidad, el nombre y **las relaciones familiares** [énfasis añadido] de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

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

Se comprueba que, en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y en directa alusión al modelo convencional de filiación y de responsabilidad parental, toda persona, —en cuanto hijo— tiene derecho a conocer quiénes son o fueron sus padres, y —a su vez— determinada la paternidad o la maternidad, toda persona tiene derecho a ser cuidado por ellos, lo que incluye la preservación de las relaciones familiares.

Este «derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos» —artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)—, incluyendo el «derecho a preservar la identidad de sus relaciones

familiares» —artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)—, constituyen las dos facetas de la identidad filiatoria y, consecuentemente, de la responsabilidad parental.

Así, y desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico, es decir, la procreación del hijo (artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño); mientras que desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño) (Plácido, 2018, p. 41).

De ello, se concluye que el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria; por lo que no es necesariamente correlato del dato puramente biológico determinado por la procreación.

El «principio del interés superior del niño» —artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)— será el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer en contra de una identidad filiatoria que no se corresponde o puede no corresponderse con aquel.

En esa determinación debe considerarse el rol trascendental que tiene la afectividad en la trayectoria de vida del hijo y que la propia Convención sobre los Derechos del Niño (1989) reconoce cuando, en su preámbulo, destaca: «Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión» (p. 8); «lo que no solo constituye una pauta interpretativa, sino un claro propósito por alcanzar» (Plácido, 2015, p. 217).

Así pues, la afectividad en consideración a los derechos del niño, niña y adolescente tiene explícita recepción como principio con rango constitucional en el ordenamiento jurídico peruano; que también se aprecia implícito en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú (1993) cuando se dispone que: «Es deber y derecho de los padres

alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres». Esta descripción que es la esencia de la responsabilidad parental encuentra su sustrato en la afectividad, que se constituye en el fundamento de las funciones encargadas a los padres para el cuidado y crianza de los hijos.

4. La organización de las relaciones paternofiliales

Cabe destacar, que la organización histórica de las relaciones paternofiliales se ha desarrollado bajo el principio binario según el cual nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno. Ello fue así, por cuanto en la modernidad «el orden familiar se apoyaba en tres pilares fundamentales: la autoridad del marido, la subordinación de la mujer y la vigorosa dependencia de los hijos respecto de aquel» (Mizrahi, 2006, p. 57).

Tal orden era la esencia de la familia tradicional en donde «las personas se desarrollaban condicionadas para necesitar seguridad antes que amor, sentimiento considerado anormal, peligroso y hasta subversivo» (Mizrahi, 2006, p. 58). Por eso, el principio binario ponía en evidencia que el criterio biológico e institucional, en consideración al matrimonio, era lo preponderante para la formación de la familia.

El paso de la modernidad a la posmodernidad marcó la democratización de la familia nuclear y, con ello, el reconocimiento de un espacio destinado a la afectividad, sobre la base de la igualdad y la libertad, donde ha sido el surgimiento de la familia nuclear la que acabó por aproximar a sus integrantes y permitió un vínculo afectivo entre ellos, basado en la solidaridad y la cooperación.

En suma, el matrimonio generador de un vínculo de autoridad marital, y desprovisto en gran medida de contenido erótico, se reemplaza por la pareja conyugal igualada ante la ley y enlazada a nivel sociológico desde una perspectiva amorosa; a la típica familia patriarcal le siguen las familias coparental, monoparental, matrifocal y homoparental (Mizrahi, 2006, p. 78).

De este proceso, la afectividad asumió una importancia creciente en las relaciones familiares y, al igual que el criterio biológico e

institucional, acabó por ser considerada como digna de atención y reconocimiento efectivo.

Sin embargo, este devenir histórico no fue seguido en la codificación civil relativa al derecho de familia en el ámbito de las relaciones paternofiliales, como son la identidad filiatoria y la responsabilidad parental. De acuerdo con ello, en la identidad filiatoria en cuanto tiene su origen en la procreación se tiende a la concordancia entre filiación y realidad biológica; es decir, «que la búsqueda es al autor del procreado o a la mujer que ha concebido, para traducir al plano jurídico el vínculo natural de la procreación y entonces proclamar en derecho como padres a los que han sido progenitores» (Plácido, 2018, p. 8).

Por lo mismo, la responsabilidad parental corresponde a los padres como correlato de la realidad biológica y por considerarse que tendrán una «posición muy favorable para ayudar al desarrollo de la capacidad del niño de intervenir de manera progresiva en las diferentes etapas de toma de decisiones, para prepararlo a una vida responsable en una sociedad libre» (Plácido, 2018, p. 20).

De acuerdo con ello, en la legislación civil está explícito que padre o madre es quien procreó; lo que resulta notorio con las modificaciones introducidas al régimen legal de la filiación por la Ley n.º 27048 y la Ley n.º 28457 y sus modificatorias —las Leyes n.º 29715, n.º 29821 y n.º 30628—.

Si bien es verdad, en la actual legislación se apunta —con mayor rigor— a la coincidencia de los vínculos paternofiliales con la verdad biológica, también se apunta a que no se logra esa identificación absoluta debido a dos causas:

a) Las restricciones existentes que se fundamentan en la necesidad de preservar la tranquilidad en la familia que se impone por el principio de protección que evita desórdenes en su organización. Así, se contemplan plazos de caducidad para impugnar la filiación, limitaciones de los sujetos legitimados para promoverla, etcétera.
b) La presunción de paternidad matrimonial que evidencia que esta no es conferida como un efecto de la procreación sino del propio vínculo matrimonial.

Pero, es con el desmoronamiento de la familia nuclear —cuya nota relevante es la crisis del matrimonio— que se reemplazan las relaciones de subordinación (modelo jerárquico) por otras de corte igualitario (modelo asociativo), que determinó «el cese de la supremacía indiscutida del padre-marido, del rol puramente doméstico de la madre-mujer y de la posición de sumisión de los hijos», con lo que «se superaron las aludidas restricciones históricas que no permiten la coincidencia entre la verdad biológica y el vínculo paternofilial» (Mizrahi, 2006, p. 79).

Asimismo, Plácido (2018) dio paso a una consideración mayor y señala lo siguiente:

> Se estima insuficiente el planteo del puro dato genético como elemento único y excluyente para conformar la relación de filiación, aunque estemos fuera de los supuestos de la figura adoptiva. En este sentido, resultan discutibles las posturas biologistas extremas. Con dichas tesituras, quiérase o no, se degrada la naturaleza del hombre a su sola esencia animal, desconociendo que el ser humano constituye fundamentalmente un ser cultural y social. Por lo demás, constituye una verdad que la libre investigación de la paternidad que rige en el mundo actual no lleva de la mano imponer dogmáticamente el hecho de la procreación como única fuente de la filiación.
>
> Por supuesto que la búsqueda de la verdad debe ser admitida sin rodeos. Su ocultamiento es un acto de deshumanización porque aquella tiene un valor estructurante y es deseada inconscientemente por el niño que reclama la autenticidad de su esencia filiatoria. Empero, adviértase que existe —al lado de la biológica— otra verdad que no podrá ser ignorada: la sociológica, cultural y afectiva, que también construye la identidad de la persona humana. Ahora, la premisa es que el «padre» es el que procrea y cría al hijo. La filiación debe buscar la concordancia entre el aspecto biológico —de carácter estático— y el afectivo o sociológico —de carácter dinámico—, aspectos, concurrentes, que hacen la filiación por naturaleza. (pp. 11-12)

5. El derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos

El «derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos», está expresamente reconocido en el artículo 7, numeral 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989): «El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos».

En el ámbito regional americano, este derecho se relaciona con el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969): «Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado» (p. 9). Por su parte, también está vinculado con el derecho a la identidad al que se refiere el artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú (1993).

No obstante, ninguno de los textos mencionados proporciona un concepto de lo que haya de entenderse por el «derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos» ni establecen los criterios necesarios para proceder a definir su contenido esencial. A pesar de ello, es evidente que los mismos no declaran como fundamental un derecho vacío de contenido; al contrario, este tiene un contenido esencial, susceptible y necesitado de protección.

El sustrato y fundamento histórico de este derecho ha de encontrarse en el largo recorrido que comienza con el individualismo para culminar con la recepción de los ideales ilustrados en el derecho positivo. Dentro de ese contexto, los siglos XVIII y XIX se caracterizaron con relación a la investigación de la filiación por su desconocimiento y posterior reconocimiento restringido, mientras que el siglo XX se destacó por la incesante búsqueda de mecanismos legales y científicos tendentes a garantizarla de un modo eficaz (Plácido, 2005, p. 33).

De ello, se deduce que han sido las ideas ilustradas sobre la dignidad, la libertad y la igualdad las que lo han ido justificando. De este modo el fundamento moral del «derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos» se puede encontrar en la idea de dignidad.

Siendo así, el «derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos» supone ante todo la protección del individuo frente a acciones contrarias a su dignidad. Por tanto, el contenido esencial protegido en este derecho se concreta en el interés de toda persona a acceder al conocimiento de quienes son sus padres y, a su vez, a que estos asuman su cuidado, como expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares.

En ese sentido, el «derecho a conocer a los padres» se centra en la idea de la asunción voluntaria y, en su caso, la determinación jurídica de la paternidad y de la maternidad. «A partir del mismo, cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial» (Plácido, 2018, p. 43). Mientras que el «derecho a ser cuidado por los padres» se rige por el principio de que el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental por el padre y la madre atiende mejor al interés de los hijos menores —conforme a la previsión del artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)—; «lo que constituye el reconocimiento de la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que aquella importa; con prescindencia del origen de la filiación» (Plácido, 2018, p. 98).

Considerando lo señalado por Fernández (1994), en cuanto a su naturaleza, el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos:

> no solo es un derecho subjetivo de defensa; sino que, desde una perspectiva objetiva, es también, por una parte, un derecho que lleva consigo obligaciones positivas a cargo del Estado, y, por otra, un derecho que implica ciertas exigencias institucionales o procedimentales. (p. 57)

En su vertiente subjetiva, los derechos fundamentales, según lo señalado por Peces-Barba (1984):

> están pensados también para las relaciones entre particulares y por tanto son oponibles frente a terceros. En esta misma línea se manifiesta el Tribunal Constitucional español al aceptar desde

> un primer momento la validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, aunque —en ese sistema— solo quepa recurso de amparo ante un acto de violación o desconocimiento por parte de un poder público. (p. 624)

Como conclusión lógica de lo anterior, se deriva que el «derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos» ha de protegerse, en primer lugar, frente a las posibles disposiciones legales que lo hagan ineficaz por desconocer su contenido esencial, y —en segundo momento— es necesario brindarle una protección positivizada —civil, administrativa o penal— que garantice este derecho no solo frente a los eventuales ataques que provengan del poder público, sino también frente a los provenientes de los particulares.

En cambio, desde la perspectiva objetiva el «derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos» viene a constituir un criterio hermenéutico preferente a tener en cuenta en todo el proceso de creación o aplicación del derecho. Resulta vinculante para el legislador tanto en su contenido esencial como en la creación, interpretación y aplicación del resto de las normas del ordenamiento jurídico.

De otro lado, el «derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos» constituye un derecho específico de la infancia que se sustenta en el principio de afectividad —previsto en el sexto párrafo del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)— conforme al cual «el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión» (p. 8). Siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño, se confirma su carácter *intuito personae*, resultando irrenunciable e imprescriptible.

En concreto, el «derecho del niño a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos» se desarrolla en las instituciones de la filiación y la responsabilidad parental; respecto de las cuales, sus dos facetas les están referidas. Así, el desarrollo del ser humano se produce dentro de un proceso continuo que se inicia con la concepción:

> La identidad del nuevo ser humano está dada desde el momento en que los veintitrés cromosomas del padre se unen a igual número de cromosomas procedentes de la madre. El embrión así formado ya no es ni un óvulo ni un espermatozoide. Se trata de un «nuevo» ser genéticamente diferente a sus progenitores. (Fernández, 1992, p. 21)

De ello, se infiere que desde la concepción está presente la faceta estática que luego se acrecentará a través de toda su vida hasta la muerte, y —luego— se sumará durante el ciclo vital otros elementos complementarios de la misma. «A los lineamientos genéticamente adquiridos se añadirán dinámicamente, otros elementos que irán modelando una cierta original personalidad» (Fernández, 1992, p. 22).

Entre esos otros elementos complementarios, que surgen a su vez, están las relaciones de cuidado y crianza que corresponde a los padres que hacen la esencia de la responsabilidad parental. Esto es, la faceta dinámica que se materializa en el concepto de «posesión constante de estado de hijo», que «es el goce de hecho de determinado estado de familia y se presenta cuando alguien se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman, a su vez, ser los padres» (Plácido, 2018, p. 55).

Precisamente, la faceta dinámica asigna a la posesión de estado el valor que tiene el reconocimiento expreso. Ello es así, desde que:

> la posesión de estado denota fehacientemente el estado aparente de familia que se ostenta respecto del presunto padre o presunta madre: se trata de hechos reveladores del estado aparente de familia. Por ejemplo, como acostumbrar a presentar o nombrar a la persona como su hijo, interesarse permanentemente en su salud, asistencia y formación, vigilar sus estudios, asumir públicamente las responsabilidades que pesan sobre los padres, etcétera. La posesión de estado difícilmente será el resultado de uno o algunos hechos aislados, o producto de circunstancias equívocas desvirtuables por otros hechos que niegan la apariencia paternofilial. (Plácido, 2018, p. 56)

Del precepto contenido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), resulta claro que deben coincidir ambas facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos; vale decir que las calidades de progenitores y cuidadores deben recaer en las mismas personas: los padres del hijo. Es a lo que tiende el sistema jurídico con las instituciones de la filiación y la responsabilidad parental: que quienes te han procreado, te cuiden.

6. El conflicto entre las facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos. La solución excluyente: la biparentalidad

Como se ha indicado, las dos facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos —por lo general— coinciden, «vale decir, que las calidades de progenitores y cuidadores recaen en las mismas personas. La idea es: quienes procrean, crían» (Plácido, 2018, p. 60).

Sin embargo, hay supuestos reconocidos en los que ello no ocurre. Tal el caso de la filiación adoptiva como la derivada de la reproducción humana asistida con elemento heterólogo. En estos supuestos, el emplazamiento filial no concuerda con la verdad biológica; por el contrario, en el primero se privilegia el vínculo social, mientras que, en el segundo, la voluntad procreacional. En estos supuestos, progenitor y padre no coinciden. Por ende, se puede advertir que:

> la biología no es la única verdad que prima en la identidad filiatoria, sino que esta se combina con la cultura, lo social, psicológico. Aquí es donde se conjugan las facetas estática y dinámica que integran la identidad de una persona. Y es en este contexto donde se divide el concepto y significado de padre, contrario al de progenitor biológico. (Gil Dominguez et al., 2006, p. 836)

De ello, se concluye que el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria; por

lo que no es necesariamente correlato del dato puramente biológico determinado por la procreación, pues según Gil Dominguez et al., (2006):

> al lado de la biológica existe otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana. La identidad filiatoria tiene también una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo. (p. 837)

Pero, en el caso de la filiación por naturaleza, se presentan situaciones en las que la faceta estática no coincide con la faceta dinámica. En su momento, se explicó que «será el interés superior del niño el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer ante una identidad filiatoria que no se corresponde con aquel» (Plácido, 2018, p. 38). Por ello, y en consideración a las previsiones del artículo 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), se señaló que:

> Durante la corta edad —por la alusión en el artículo 7 de la Convención a la frase «desde que nace»—, el interés superior del niño se centra en el conocimiento de origen biológico, de su identidad filiatoria estática; pero superada esta etapa, ya existe una comunidad de afectos por la crianza entre padres e hijos, por lo que el interés superior del niño se dirige a «preservar» la identidad filiatoria dinámica. Por supuesto, que esto debe tomarse como un postulado general, pues cada caso marcará el peso que otorga el interés superior del niño a cada faceta de la identidad filiatoria. (Plácido, 2018, p. 42)

La determinación del aludido postulado general es el resultado de una ponderación entre las facetas estática y dinámica de la identidad filiatoria de una misma persona. Para llegar a ella, se parte del cuestionamiento al llamado «biologismo» o «biologicismo», donde el respeto por la identidad filiatoria es entendido como sinónimo de identidad en su faz estática, es decir, en lo «biológico».

Quienes defienden una postura «biologicista» a ultranza —como toda perspectiva extrema— es totalitaria y fanática, por lo cual inhibe un elemento básico en las instituciones de familia: su permeabilidad y flexibilidad.

Las familias no son todas iguales, no todos los padres quieren o pueden criar a sus hijos, por lo tanto, no se puede acortar el abanico de posibilidades desde el plano jurídico. Por lo tanto, hablar de «dogmas» en este campo del derecho significa hacer lugar a una mirada parcializada, acotada o restrictiva y, por ende, inadecuada (Herrera, 2008, p. 86).

En este sentido, se consideran acertadas las observaciones que a modo de denuncia esbozan algunos autores, quienes destacan que la visión de la identidad personal como sinónimo de identidad biológica deja de lado la faz dinámica y, por ende, se presenta cerrada y errada. Al respecto, Zannoni (1999) sostiene que:

> el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir por sí misma la proyección dinámica de la identidad filiatoria. […] [El] criterio de la verdad biológica como determinante de la identidad filiatoria implica privilegiar el dato biológico como su presupuesto. Si bien este dato es trascendente, muchas veces resulta insuficiente para captar la dimensión dinámica de la identidad. […] [Asimismo,] desde la perspectiva jurídica el «quid» estriba en saber si el presupuesto biológico puede hacerse prevalecer llegado el caso, aún contra una identidad filiatoria que no se corresponde o puede no corresponderse con aquel.

Conforme a tales criterios y en alusión a los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Zannoni (1999) sentencia que estas disposiciones:

> no impiden que la ley privilegie, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con una «verdad biológica» considerada apriorísticamente. O que, por el contrario, favorezca vínculos tendientes al

> fortalecimiento de una identidad filiatoria que supla carencias comprobadas insuperables en el ámbito de la familia biológica. (pp. 233-234)

El interrogante central para destruir este dogma es bien sencillo. ¿Se condice con el principio rector del interés superior del niño apelar al «biologismo» o «biologicismo» a ultranza, a fuerza de cualquier situación fáctico-afectiva planteada? La respuesta negativa se impone. Máxime, cuando en las cuestiones que involucra la filiación de un niño se pueden encontrar comprometidos distintos tipos de relaciones afectivas, donde sea dable analizar en cada caso la calidad de los vínculos forjados. El tipo de lazos entretejidos entre el niño y su familia de origen, pero también, si ello ha acontecido, el tipo de relación desarrollada entre el primero y la familia cuidadora y de crianza.

Reprochada la postura biologicista extrema, cabe preguntarse cuál es la perspectiva que mejor se condice con el derecho a la identidad filiatoria en sus dos facetas, so pena de incurrirse en una visión parcializada en la que caen quienes defienden el mencionado «biologicismo». Como se suele decir, «cada caso es un caso», por lo tanto, la mejor solución en defensa del derecho a la identidad tanto del principal involucrado como de los demás adultos también implicados consiste en sopesar en cada situación concreta cuál de las dos facetas prima. En palabras del reconocido constitucionalista alemán Alexy (2002), se trata de ponderar derechos —en este caso— vertientes de un mismo derecho. Este autor sostiene sobre este punto que, cuando dos derechos fundamentales colisionan, uno de los dos debe ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido el derecho desplazado. La colisión de derechos fundamentales no se resuelve en la dimensión de la validez, sino, por el contrario, se dilucida en la dimensión del peso. La solución de la colisión reside en establecer —teniendo en cuenta las circunstancias del caso— una relación de precedencia condicionada: tomando en cuenta el caso se indican las condiciones bajo las cuales un derecho prevalece sobre el otro, pero bajo otras condiciones la cuestión de prevalencia puede ser solucionada de manera inversa. Se trata de lo que este autor llama «ponderación», por la cual nos permite

corregir cuál de los intereses «abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso en concreto» (p. 81).

La ponderación va a permitir conocer cuál de ellos debe priorizarse en el caso concreto. Acá no se trata de una colisión entre reglas, sino de principios y valores, por lo cual no se habla de opción sino de juicio de ponderación. En otras palabras, no habría una antinomia en el sentido tradicional, sino una tensión donde uno desplaza al otro en una situación particular según «la capacidad argumentativa de cada uno» (Lorenzetti, 1998, p. 198).

En ese sentido, no podrá desconsiderarse el respeto por los lazos biológicos sin tener en cuenta la llamada faceta dinámica de la identidad filiatoria por naturaleza, ni dejar de lado las causas por las cuales la familia de origen se desprendió de un hijo, la edad del niño y el tiempo en que este último ha forjado vínculos con la familia cuidadora y de crianza.

Esta perspectiva signada por la ponderación particular de las dos facetas mencionadas es la más equilibrada al respetar todos los intereses en juego en especial el del niño—. Ello, en nada se contradice con otro derecho fundamental como es el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen que también repercute en el derecho a la identidad de las personas. Así, *a priori* y en abstracto, lo ideal es que todo niño pueda ser criado por su familia de origen. Es decir, que la identidad filiatoria estática y dinámica coincidan. Lo que sucede es que ello no siempre es posible. Por lo cual debe darse cabida al cuidado y crianza como un modo de satisfacer el derecho de todo niño a vivir en familia.

En otros términos, en un primer momento los lazos de sangre —y consigo los afectivos que también se tejen con la familia de origen— deben ser priorizados por sobre cualquier otro. Pero, ello debe ser revisado y reinterpretado cuando un niño ha sido separado de su familia y ubicado en otro ambiente familiar. Es muy posible que en ese contexto el niño haya entrelazado vínculos afectivos sólidos con otros referentes distintos a su familia de origen, los que hacen a su identidad en su faz dinámica, por lo cual deben ser sopesados al momento de decidirse, en definitiva.

En suma, la balanza se inclina a favor del mantenimiento de los vínculos biológicos, lo cual se condice con el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen. Esta prioridad no significa apego a los vínculos de sangre a cualquier costo, tal como defienden los que se enrolan en la postura «biologicista». Es que siempre la faz estática debe ser evaluada junto a la dinámica, so pena de incurrirse en una mirada parcial. Evaluación que se vuelve compleja cuando la vertiente dinámica compromete a otro núcleo familiar que el de origen. Básicamente, cuando está en juego la restitución de un niño a su familia de origen, pero este se encuentra viviendo en otro grupo familiar. Este enfrentamiento analizado en el caso en concreto es el que podrá indicar cuál es el mejor interés del niño. En otras palabras, la mayor o menor fortaleza o consolidación de la relación afectiva entre el niño y su cuidador actual constituye uno de los elementos de carácter dinámico de suma relevancia para, en definitiva, resolver el conflicto planteado. Solo de este modo se podrá evaluar o materializar el mencionado principio indeterminado, eje rector en materia de infancia y adolescencia.

Así, por ejemplo, el caso del hijo de mujer casada cuya paternidad es atribuida por la ley al marido, no siendo este el progenitor biológico, o la situación del hijo que es reconocido por quien biológicamente no es un padre. En ambas circunstancias, el hijo puede mantener en el tiempo una «posesión constante de estado» coincidente o no con tal verdad biológica.

Para el primer supuesto, de acuerdo con lo señalado por Plácido (2018), ya se ha explicado que:

> Resulta evidente que la controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada exige buscar una solución que pondere razonable y adecuadamente la presunción de paternidad matrimonial (principio *favor legitimitatis*) y la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial (principio *favor veritatis*), en la que se refleje como consideración primordial el interés superior del hijo (principio *favor filii*). Precisamente, la solución debe justificarse en el test de razonabilidad y proporcionalidad. (p. 61)

En atención a ello y recurriendo al test de razonabilidad que exige que la restricción se justifique en la promoción de un fin constitucionalmente valioso, se ha expuesto que:

> En el marco actual del sistema constitucional de filiación, el fin constitucionalmente relevante que se persigue es la coincidencia entre el vínculo biológico y el emplazamiento jurídico que se sustenta en ello. Por ello, y en atención a la protección y promoción de la identidad filiatoria, se justifica restringir la presunción de paternidad matrimonial (principio *favor legitimitatis*) para ponderar preferentemente el conocimiento del origen biológico del hijo (principio *favor veritatis*) y, de esta manera, determinar la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada. (Plácido, 2018, pp. 61-62)

En lo que se refiere a la proporcionalidad, esta exige apreciar que la medida restrictiva satisfaga los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Respecto al subprincipio de idoneidad se ha precisado que:

> En el supuesto bajo análisis, la restricción sugerida resulta adecuada al fin propuesto. En efecto y siendo que, en el actual sistema constitucional de filiación, el fin constitucionalmente relevante que se persigue es la coincidencia entre el vínculo biológico y el emplazamiento jurídico que se sustenta en ello, resulta idóneo restringir la presunción de paternidad matrimonial (principio *favor legitimitatis*) para ponderar preferentemente el conocimiento del origen biológico del hijo (principio *favor veritatis*) y, de esta manera, determinar la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada. (Plácido, 2018, p. 62)

Con relación al subprincipio de necesidad, Plácido (2018) ha señalado lo siguiente:

> Igualmente, la limitación propuesta resulta ser necesaria por cuanto una regulación en la que se prepondere la presunción de

> paternidad matrimonial (principio *favor legitimitatis*) no logra proteger tan eficazmente el conocimiento del origen biológico (principio *favor* veritatis) para la determinación de la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada. No hay, pues, otro modo para determinar el conocimiento del origen biológico en esos casos. (p. 63)

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto permitirá observar el grado de afectación de una u otra faceta de la identidad filiatoria y determinar, sobre la base de la comparación de las intensidades, cuando resulta legítima la restricción de la identidad filiatoria estática o, en su caso, de la identidad filiatoria dinámica. Así, se ha establecido que:

> Para que la limitación propuesta a la presunción de paternidad matrimonial (principio *favor legitimitatis*) sea proporcional a la mayor ponderación del conocimiento del origen biológico (principio *favor veritatis*), este no debe modificar una realidad sociológica anterior. Ello es así, por cuanto el concepto de identidad filiatoria no se resume en la pura referencia a su presupuesto biológico, pues este no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria. Por tanto, cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido debe apreciarse si el hijo mantiene una «posesión constante de estado» con aquel. Solo si ello es así, debe hacerse lugar a la investigación del nexo biológico. (Plácido, 2018, p. 673)

Esta solución encuentra su confirmación en la consideración primordial al interés superior del niño (principio *pro filii*) que exige su protección superlativa mediante la comprobación de la optimización o priorización de los derechos de la infancia, por tener mayor importancia en el orden de prelaciones y jerarquías de la constitución.

En ese sentido y por la finalidad protectora, se postula la preferencia de la proyección dinámica de la identidad filiatoria cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido y el

hijo mantiene una «posesión constante de estado» que coincide con tal verdad biológica.

El camino para encontrar la solución al caso del hijo que es reconocido por quien biológicamente no es un padre, es el mismo. También resulta vital comprobar si el hijo ha mantenido en el tiempo una «posesión constante de estado» coincidente o no con la verdad biológica. Esta ruta mantiene —indemne— el principio binario según el cual nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno. En ambas circunstancias, se pondera una u otra faceta que hacen a las relaciones paternofiliales y se plantea la preferencia de la proyección dinámica de la identidad filiatoria, sea o no concordante con la verdad biológica, si se manifestó en el tiempo a través de la posesión constante de estado de hijo con quien, finalmente, quedará como el padre o madre.

7. El conflicto entre las facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos. La solución incluyente: la multiparentalidad

El postulado general desarrollado hace primar la biparentalidad en las relaciones paternofiliales y se aplica, en la filiación por naturaleza, a situaciones en las que la faceta estática no coincide con la faceta dinámica y debe elegirse entre una u otra; de modo que se debe optar por preferir esta última si existe una posesión constante de estado de hijo mantenida en el tiempo.

Sin embargo, ¿cuál debe ser la solución si el hijo ha mantenido o mantiene una posesión constante de estado con quienes se dicen ser sus padres o madres, biológicos y afectivos? Es claro que, en estos casos, la faceta estática no se contrapone a la faceta dinámica y viceversa, y al contrario— ellas coexisten y trascienden definiendo la identidad filiatoria del hijo e incidiendo en el ejercicio de la responsabilidad parental de los padres. En tales circunstancias, la solución debe ser una que integre ambas facetas: ella es, la multiparentalidad.

Como se señaló, para el reconocimiento de la multiparentalidad resultaba necesario precisar el contenido y alcances del «derecho a

conocer a los padres y a ser cuidado por ellos» dentro del marco del modelo constitucional y convencional de filiación y de responsabilidad parental de la Constitución Política del Perú (1993) y de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), pues en la eficacia integradora de este —frente al Código Civil (1984) que no la regula— se encuentra la fundamentación receptora de la multiparentalidad.

Se trata del recurso al principio de eficacia integradora de la constitución, que es un principio hermenéutico que orienta y canaliza «el proceso de asignación y alcances de los significados contenidos en el texto supremo del Estado», haciendo «más operativa y potente la unidad axiológica y teleológica de la constitución» (García, 2006, p. 196). A partir de ello, con la acción interpretativa de la constitución:

> se determinan o asignan los sentidos y alcances de las normas constitucionales en relación con un suceso o conjunto de sucesos frente a los cuales pueden o deben aplicarse. En este contexto, la interpretación constitucional se consagra cuando al percibir *in totum* los elementos que integran la norma que es objeto de determinación, se elige aquella facultad o deber comprendido en ella que se adecúa a los fines y valores que cimientan el corpus constitucional. (García, 2006, p. 180)

Así, es verdad que el principio binario de la filiación y, consecuentemente, de la responsabilidad parental —según el cual, nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno— encuentra su sustento implícito en la previsión del primer párrafo del artículo 6 de la Constitución Política del Perú (1993) en alusión al «principio de paternidad y maternidad responsables» y del numeral 1 del artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) en referencia al «principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño». De la expresión «ambos padres» contenida en esta última disposición, se comprueba la clara mención a los dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno, del referido principio binario.

Ahora, ya que el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos hacen el contenido de la identidad filiatoria conforme al cual, desde el punto de vista estático está constituida por el dato biológico y desde el punto de vista dinámico está constituida por el dato afectivo, resulta evidente que tales facetas deben coincidir en una misma persona respecto de cada vínculo filial, materno o paterno. Sin embargo, cuando no se produce dicha concordancia y cada dimensión de la identidad filiatoria recae en personas diferentes que se relacionan familiarmente con el hijo, sea del lado materno como también del lado paterno, es manifiesto que el enlace filial debe comprenderlas y, al hacerlo, se puede tener más de una persona por el vínculo materno como también por el nexo paterno. Vale decir que el principio binario no limita la cantidad de integrantes de un vínculo filial, materno o paterno; por lo que la multiparentalidad también encuentra su sustento en las mencionadas disposiciones constitucional y convencional.

La evolución mostrada en el desarrollo del principio binario permite apreciar lo siguiente:

> Hace algunas décadas la definición de «padres» era bastante sencilla. Estaban los padres «biológicos», a veces denominados padres «naturales», y los padres «psicológicos» o «encargados del cuidado del niño», que eran, por ejemplo, los (padres) que habían adoptado o criado al niño, que le habían brindado la atención necesaria durante su infancia.
>
> Sin embargo, hoy es razonable considerar que, respecto del derecho del niño a conocer a sus padres, la definición de «padres» incluye a los padres genéticos (lo cual es importante para el niño, aunque solo sea por razones médicas) y a los padres de nacimiento, es decir, la madre que da a luz y el padre que reclama la paternidad por la relación que tiene con la madre en el momento del nacimiento (o cualquiera que sea la definición social de padre en la cultura de la que se trate, ya que las definiciones sociales son importantes para la identidad del niño). Asimismo, lógicamente, debe incluirse una tercera categoría, la de los padres «sociológicos» o «afectivos» del niño, los que han

> cuidado de él durante periodos significativos de su infancia y su niñez, y que de igual forma están íntimamente ligados a la identidad del niño. (Plácido, 2018, p. 7)

En concreto, la multiparentalidad es una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos; de modo que los argumentos de su fundamentación, naturaleza, contenido y alcances ya explicados resultan pertinentes.

En cuanto a la denominación del instituto, se comprueba el empleo en la legislación, doctrina y jurisprudencia comparada de los términos «multiparentalidad» o «pluriparentalidad», para referirse a una misma realidad. El primero es desarrollado por la jurisprudencia y doctrina brasileña y refiere la posibilidad de una múltiple filiación con todos los derechos y deberes a ella inherentes. El segundo es expuesto por la jurisprudencia y la doctrina argentina y refiere al reconocimiento de más de dos vínculos filiales con las obligaciones y derechos que del vínculo paterno/materno-filial emanan.

Si bien, etimológicamente, los prefijos «multi» y «pluri» son de origen latino y se emplean en la formación de nombres y adjetivos con el significado de multiplicidad o pluralidad, respectivamente, de acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se opta por emplear el término «multiparentalidad» por tener mayor arraigo y desarrollo conceptual por la jurisprudencia y doctrina brasileña en el ámbito sudamericano. En Brasil quien precursoramente atendió tal cuestión fue Villela (1979), quien trató el tema de la afectividad a partir de la paternidad, sustentando expresamente que el parentesco no estaba restringido a una cuestión meramente biológica, visto que «a paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural» (p. 402). Su tesis partía de una distinción entre las figuras de progenitor y padre, pues «uma coisa, com efeito, é a responsabilidade pelo ato de coabitação sexual, de que pode resultar a gravidez. Outra, bem diversa, é a decorrente do estatuto da paternidade» (p. 404). Esta diferenciación, que ahora puede parecer simple, fue de gran importancia para explicar las posibilidades jurídicas de un camino diverso al del biologismo que imperaba en ese entonces. El

21 de septiembre de 2016, en un pronunciamiento que consolidó los desarrollos doctrinarios y pronunciamientos jurisprudenciales, marcando la tendencia definitiva en esta materia, el Supremo Tribunal Federal resolvió el Recurso Extraordinario 898.060 Santa Catarina (Recurso Extraordinário 898.060 Santa Catarina, 2016, p. 4) y estableció, con repercusión general, lo siguiente: «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». Por su parte, en el caso argentino se emplea el término «pluriparentalidad» desde que fuera «aprobado en las xxv Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca 2015, por la Comisión n.º 6 Familia: Identidad y filiación» (Universidad Nacional del Sur, 2015). Aunque solo se la concibiera para la tercera fuente filial incorporada al CCC, que es la voluntad procreacional (Expediente n.º 659/17, 2020).

En cuanto a sus antecedentes jurisprudenciales, Herrera y Lamm (2014) dan cuenta que:

> El primer caso que atribuyó derechos parentales a más de dos padres fue en Louisiana en la década de los 80. Una mujer casada dio a luz a un niño cuyo padre biológico no era su marido. El niño tenía una relación con ambos hombres y el tribunal dijo que ambos eran padres (Caso Michael, H. vs. Gerald, D., 491 U.S. 110 [1989]).
>
> Más recientemente, y en el contexto de parejas homosexuales, California, Oregón, Washington, Massachusetts y Alaska han permitido la adopción por un tercer padre, de modo que ninguno de los padres biológicos debió renunciar a la responsabilidad parental y la pareja de uno de los padres se convirtió en el padre legal a través de la adopción. Mientras que, en el plano legislativo, señalan que:
>
> La Family Law Act (SBC, 2011) Chapter 25 de Vancouver constituye la primera legislación sobre la materia. En el Estado de California, en EE.UU., el Senado ha aprobado el 2-7-2012 un proyecto de ley que admite la posibilidad de establecer vínculo

filial con más de dos personas. Se trata del proyecto de ley 1476, introducido por el senador Leno el 24-2-2021, tendiente a modificar los artículos 3040, 7601 y 7612 del Código de Familia relativos a la filiación y a añadir el artículo 4052.5.

Cabe tener en cuenta que la propuesta legislativa se presentó luego de que una corte de apelaciones de California estableciera que un niño no puede tener tres padres. Véase el caso «M.C., n.° B222241 (Cal. Ct. App, 2d Dist., 6-5-2011)».

Por su parte, Delaware y el Distrito de Columbia han adoptado leyes que permiten terceros padres de facto con los mismos derechos y responsabilidades que los padres adoptivos.

Delaware define a los padres de facto y lo considera un padre legal. Consecuentemente, en ese Estado un niño puede tener tres padres.

En el Distrito de Columbia los estatutos referentes a la filiación establecen que la paternidad le corresponde a la persona que consiente la inseminación de la mujer. Un donante de semen también puede ser un padre, pero solo si existe un acuerdo por escrito para tal efecto. Así, cuando tres individuos documentan por escrito que están concibiendo un hijo, todos serán padres y el niño podrá tener tres padres. Además, el DC tiene un estatuto para los «padres de facto» que define cuando una persona que no es un padre legal puede sin embargo obtener la custodia y derechos de visita y tiene la obligación de pagar manutención de los hijos en igualdad de condiciones con los padres legales. Si el niño tiene dos padres legales, esto puede generar en una tercera persona algunos de los derechos de la paternidad. (p. 451)

Situaciones de multiparentalidad se van a presentar cuando concurran los elementos siguientes: «a) pessoas que se comportam como pai e mãe e outra pessoa que se comporta como filho; b) convivência familiar; c) estabilidade do relacionamento; e, d) afetividade» (Lóbo, 2008, p. 6).

De acuerdo con ello, la multiparentalidad surge de la afectividad compartida, de la convivencia familiar, de los cuidados paternofiliales

del día a día, del comportamiento asumido en relaciones familiares estables, de conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental de una persona para con otra que no es su hijo biológico. En ese sentido, Madaleno (2017) precisa que:

> O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da naturaliza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição. Não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, morais, pessoais e materiais da relação natural de filiação.
>
> A filiação consanguínea deve coexistir com o vínculo afetivo, pois com ele se completa a relação parental. Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica sem ser afetiva, externada quando o filho é acolhido pelos pais que assumem plenamente suas funções inerentes ao poder familiar.
>
> Em contrapartida, não pode ser considerado genitor o ascendente biológico da mera concepção, tão só porque forneceu o material genético para o nascimento do filho que nunca desejou criar e pelo qual nunca zelou. (pp. 498-499)

Complementariamente, Brochado y De Lima (2010) constatan la existencia de una dicotomía entre la filiación biológica y la afectiva, en tanto que la convivencia crea lazos de afectividad y deja marcas en la construcción de la personalidad del hijo. Resaltan que lo que garantiza la formación de una persona es el ejercicio de las funciones maternas y paternas en su vida, independientemente de los lazos consanguíneos. De esta manera, destacan la esencia de la socioafectividad, punto de partida para la admisión de la multiparentalidad:

> O que constitui a essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental, ou seja, é o fato de alguém, que

> não é genitor biológico, desincumbir-se de praticar as condutas necessárias para criar e educar filhos menores, como o escopo de edificar sua personalidade independentemente de vínculos consanguíneos que geram tal obrigação legal. Portanto, nesse novo vínculo de parentesco, não é a paternidade ou maternidade que ocasiona a titularidade da autoridade parental e o dever de exercê-la em prol dos filhos menores. É o próprio exercício da autoridade parental, externado sob a roupagem de condutas objetivas como criar, educar e assistir a prole, que acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade. (p. 173)

Así como la socioafectividad marca la personalidad del hijo para su desenvolvimiento en la sociedad, la multiparentalidad tiene el mismo efecto. Aquí la coexistencia de los vínculos parentales biológicos y afectivos hacen parte de la trayectoria de vida del hijo, por lo que deben ambas preservarse. Como explica Dias (2017):

> Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los. Não há outra forma de preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo no que diz como a respeito á dignidade e á afetividade.
>
> O direito de uma criança ou adolescente ter retratada em seu assento de nascimento o espelho de sua família constitui elemento essencial para a formação e desenvolvimento de sua identidade pessoal, familiar e social. Sua identificação no mundo é indissociável daqueles que fazem parte da sua história, dos quais carrega o DNA em sua alma. (p. 433)

En estos casos, el interés superior del niño exige preservar el «triángulo afectivo» en el que se encuentra, lo que le resulta más beneficioso. La fórmula judicial, para estas circunstancias, debe ser amplia, realista, de carácter humano, a fin de preservar los afectos cruzados por el hijo que invocan tanto padres biológicos como padres afectivos, por sobre toda afirmación dogmática.

En cuanto a los efectos de la multiparentalidad, por ser una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, son los mismos de la biparentalidad en la identidad filiatoria como en la responsabilidad parental, acorde con el principio de igualdad y no discriminación entre padres biológicos y afectivos y el hijo común.

Así, respecto de la identidad filiatoria importa reconocer la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona, niño, niña o adolescente; como también, en su caso la maternidad biológica y afectiva. Tal reconocimiento debe constar en el registro civil para su eficacia *erga omnes*. Acorde con el principio de igualdad, ello consistirá en inscribir el nombre de las madres o los padres biológicos y afectivos, en relación con el vínculo materno y paterno, respectivamente; de esta manera, se asignarán sus apellidos al hijo en común, en el orden que determine la autonomía de la voluntad de sus integrantes. En este caso, resulta trascendente la consideración de los apellidos paternos y maternos en el nombre del hijo en común, en tanto que ello lo identificará como perteneciente a su familia multiparental. Ello se justifica en el *nomen* que es un elemento de la posesión constante de estado de hijo que surge por el uso del apellido paterno y materno; lo que se verá complementado con los otros elementos: el *tractatus* y la *fama* o *reputatio*. El *tractatus* está vinculado con el comportamiento del presunto padre de forma tal que haga presumible la voluntad de este de tratarlo como hijo, caracterizado por tres extremos: mantenimiento, educación y colocación en calidad de padre. Asimismo, la *fama* o *reputatio* es la consideración de tenerlo por hijo, en virtud de ese trato, por los demás miembros de la familia.

El reconocimiento de la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona, niño, niña o adolescente, como también, en su caso la maternidad biológica y afectiva, como elementos integrantes de la identidad filiatoria, también importa admitir el parentesco biológico y afectivo, en las respectivas líneas paternas y maternas y dentro de los alcances de esa institución.

En lo que se refiere a la responsabilidad parental, no hay duda de que la titularidad y su ejercicio corresponden tanto a los padres como a las madres, biológicos y afectivos. Por tanto, les corresponde asumir

el conjunto de responsabilidades, derechos y deberes en beneficio del hijo común; ello comprende, por supuesto, los deberes-derechos de «alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos», expresamente aludidos en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú.

Siendo así, debe regir una coparentalidad cooperativa basada en la autonomía de la voluntad y en la coordinación de sus integrantes; ello, en consideración a que la multiparentalidad surge de la afectividad compartida, de la convivencia familiar, de los cuidados paternofiliales del día a día, del comportamiento asumido en relaciones familiares estables, de conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental.

La aludida coparentalidad cooperativa se centra en el interés del hijo común y permite desarrollar los roles complementarios en su proceso de crianza y cuidado. Los padres biológicos y afectivos mantendrán espacios de comunicación y podrán llegar a acuerdos sobre las decisiones sobre el hijo común, evitando el surgimiento de conflictos cotidianos y regulando la conducta del hijo común con límites adecuados.

Contribuirá a dicho propósito la intervención de un coordinador parental que coadyuve en la formulación de un convenio de multiparentalidad que propicie una convivencia familiar adecuada entre los padres biológicos y afectivos con el hijo común, de modo que se promoverá el cumplimiento de las responsabilidades parentales bajo el principio de la actuación compartida y, así, se tomará en cuenta el interés superior del hijo.

En estos casos y considerando el principio del interés superior del niño, la participación del coordinador parental resulta necesaria para la creación de los vínculos paternofiliales y la prevención de conflictos de parentalidad. Sus propósitos para la multiparentalidad difieren de sus orígenes dirigidos a la resolución de tales conflictos parentales, tal como explica Crespo (2018):

> La figura del coordinador de parentalidad surge en los años 90 en Estados Unidos y Canadá para la normalización de las relaciones parentales después del conflicto matrimonial o de pareja, en contextos de grave conflictividad por diversas causas, en la que se

hallan implicados los hijos menores. Parte de la base de que, tras la ruptura matrimonial y las decisiones judiciales subsiguientes, surgen cambios en la organización de la vida familiar que exigen de una adaptación precisa y de una leal colaboración entre los progenitores para que las nuevas situaciones afecten lo menos negativamente posible a la estabilidad emocional de los hijos. (p. 89)

El convenio de multiparentalidad en lo que se refiere a la creación de los vínculos paternofiliales, está dirigido a desarrollar una adecuada estabilidad emocional para el hijo, y respecto de la prevención de conflictos de parentalidad tiene por propósito evitar su surgimiento durante la convivencia parental y a precaver su solución en caso de separación parental. Conforme a ello, su contenido debe seguir las pautas del plan de parentalidad a que se refiere artículo 233-9 del Libro II del Código Civil de Cataluña (2010):

Artículo 233-9. Plan de parentalidad.
1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.
2. En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos:

a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.
b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.
c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.
d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los periodos en que un progenitor no los tenga con él.
e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en periodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.

f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.
g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.
h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recorrer a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.

Los acuerdos a que arriben los padres biológicos con los padres afectivos, con o sin la participación del coordinador parental, deben reflejar la especial consideración al interés superior del hijo; para lo cual, se tendrá en cuenta su opinión en la formulación del convenio de multiparentalidad y, en su caso, podrá ser objeto de revisión judicial para su modificación.

8. La solución al conflicto entre las facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, en la jurisprudencia casatoria

Como se señaló, ante el conflicto entre las facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, en las soluciones adoptadas por el Poder Judicial se observa que en la mayoría de los casos se viene prefiriendo la verdad biológica, y —no en pocas ocasiones— la verdad afectiva. Así, en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia realizado en Lima los días 3 y 4 de noviembre de 2022, respecto del «tema 2» formulado con la pregunta «¿En los procesos de filiación debe prevalecer la identidad estática (biológica) o la dinámica (afectiva)?», se acordó: «En los procesos de filiación, en los que se encuentren enfrentadas la identidad estática y la identidad dinámica, la solución del caso dependerá del grado de afecto que se haya generado entre el

hijo y el padre de crianza, de tal manera que no existe una solución única sino que dependerá de cada caso en concreto» (Centro de Investigaciones Judiciales, 2022, p. 1).

De esta manera, es que en las definiciones judiciales se impone —siempre— una visión biparental al momento de establecer el vínculo paternofilial; esto es, solo un padre y una madre para un mismo hijo. Ello se comprueba cuando, en el referido Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia sobre el acuerdo adoptado, este se fundamenta:

> En efecto, es común que en las audiencias cuando el juez se entrevista con los hijos, lo cual por cierto resulta ser un imperativo, pues recuérdese que es importante conocer la opinión del menor; los hijos que han mantenido una relación muy cercana con sus padres de crianza y no con sus padres biológicos, por lo general expresan su intención de querer seguir teniendo como padres a aquellos y seguir llevando su apellido; en cambio existen otros casos, en los cuales no obstante haber sido reconocidos por los padres de crianza, sin embargo no han generado un lazo afectivo con los mismos, y expresan su deseo de querer generar un vínculo con su padre biológico al cual recién conocen. Asimismo, existen hijos que, no obstante haber sido reconocidos por personas con las cuales no les une un vínculo biológico, sin embargo, nunca se han vinculado con los mismos, y desean de todas maneras vincularse con su padre biológico. (Centro de Investigaciones Judiciales, 2022, p. 27)

Para comprobar lo expuesto, se han revisado diez sentencias en casación emitidas por las salas civiles permanente y transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República relativas a procesos de impugnación de paternidad y, en particular, en los que exista conflicto entre padres biológicos y padres afectivos respecto de una misma persona, en los que se pretende identificar situaciones de multiparentalidad.

9. Cuestión previa: ¿se puede presentar la multiparentalidad en casos de disputa de maternidades por naturaleza?

El desarrollo del presente estudio se basa en procesos de impugnación de paternidad en los que existe conflicto entre padres biológicos y padres afectivos respecto de una misma persona, en los que se pretende identificar situaciones de multiparentalidad. Pero, ¿puede surgir ello en casos de disputa de maternidades por naturaleza? La respuesta es positiva desde que se ha expuesto que la multiparentalidad se puede dar tanto del vínculo paterno como materno.

Sin embargo, la referencia a situaciones de multiparentalidad en casos de disputa de maternidades por naturaleza permite apreciar la mayor incidencia que ello tiene no solo respecto del hijo en común, sino también en relación con las madres (biológica y afectiva).

La maternidad por naturaleza queda determinada por dos hechos biológicamente demostrables: el parto y la identidad de la madre con el recién nacido. De acuerdo con ello, los supuestos legales en los que procede la impugnación de la maternidad son los de parto supuesto y suplantación del hijo. Este último caso surge cuando el hijo nacido del parto de una mujer es atribuido a otra que asume los cuidados maternales.

Así, bajo el título «La sorprendente historia de los padres cuyos hijos fueron cambiados al nacer y se niegan a remediar el error», la periodista Geeta Pandey informa del nacimiento simultáneo de dos bebés en un hospital de Assam, un estado en el noreste de la India. Se trata de Riyan y Jonait, dos niños nacidos alrededor de las 7 a. m. del 11 de marzo de 2015 y que «por accidente los niños acabaron en familias que no son las suyas y con perfiles drásticamente diferentes: una es una pareja hindú y la otra musulmana» (Pandey, 2018).

Fue una de las madres la que percibió que el bebé que le entregaron no era el suyo por los rasgos de los ojos que caracterizan al grupo tribal que correspondía al de otra mujer que también tuvo un parto en la misma habitación del hospital. «Tras una larga batalla judicial y con los resultados de ADN que llegaron dos años y nueve meses después, las autoridades ordenaron el intercambio formal, pero los menores se niegan a abandonar a los padres que los estuvieron criando».

La periodista de la BBC News Mundo describe la afección emocional de las madres y como espontáneamente tratan de superarlo:

> Para las madres, sin embargo, el debate interno es visible: hay un vínculo evidente con el bebé que criaron. Pero el niño que llevaron en su vientre también tiene un fuerte peso emocional. Cuando los niños crezcan, dicen las familias, podrán decidir por ellos mismos dónde quieren vivir. Por el momento, las familias están tratando de forjar una relación: unirse de manera periódica, convertirse en amigos, y de algún modo ser parte de la vida de su hijo biológico.

Situación similar ocurrió en el hospital Honorio Delgado de Arequipa. Bajo el título «Mateo y Lihan: la historia de los bebés intercambiados al nacer que volverán con sus padres en Perú», la redacción de la BBC News Mundo da cuenta de la situación que viven dos madres: Maribel Musaja y Yovana Vera, cuyos hijos nacieron el 25 de abril de 2016 y fueron intercambiados al momento de nacer:

> Maribel y su esposo Marcos Llaique se realizaron un test de paternidad en julio de este año, tres meses después de tener a su hijo. La pareja se realizó la prueba porque tenía dudas respecto a quién era el padre del menor, Marcos o la anterior pareja de Maribel. Para su sorpresa, la prueba reveló que ninguno de los dos tenía lazos biológicos con Mateo. Conocidos los resultados, solo había una explicación posible: el menor fue intercambiado en el hospital donde nació.
>
> El día que nació Mateo, otras once madres dieron a luz en el hospital Honorio Delgado de Arequipa. Cualquiera de esos menores podía ser el hijo de Maribel y Marcos. En las siguientes semanas, seis de esas madres, junto a sus bebés, aceptaron someterse a la prueba de ADN cuando conocieron que sus hijos biológicos podrían haber sido intercambiados. Entre las seis mujeres que acudieron al laboratorio estaba Yovana Vera, quien llevó en brazos al pequeño Lihan.

> Las pruebas genéticas determinaron que Lihan es hijo de Maribel Musaja y Marcos Llaique, mientras que Mateo es hijo de Yovana Vera. (BBC Mundo, 2016)

Igualmente, la redacción de la BBC News Mundo describe la afección emocional de las madres y cómo espontáneamente tratan de superarlo:

> La periodista Claudia Beltrán, que sigue el caso para el diario peruano La República, explicó a BBC Mundo que las madres atraviesan momentos muy difíciles dado que ya se encariñaron con los menores que cuidaron y amamantaron durante casi medio año. Beltrán añadió que desde que el lunes se confirmó el intercambio, las mujeres apagaron sus celulares y evitaron cualquier contacto con los medios.
>
> Es más, Miriam Herrera, la fiscal asignada al caso, afirmó el lunes que las madres desearían quedarse con ambos bebés. De acuerdo a lo que informó la autoridad, las dos mujeres manifestaron su tristeza después de que el lunes recibieron la noticia que les confirmaba que sus hijos fueron intercambiados.
>
> Los menores todavía permanecen en los hogares donde fueron cuidados en los últimos meses. De hecho, ni siquiera queda claro si Mateo y Liam seguirán llamándose así cuando sean restituidos a sus familias. No se sabe con precisión cuántas semanas o meses puede durar este proceso. Es difícil imaginar lo que significará para Maribel y Yovana separarse de los bebés a los que durante meses creyeron sus hijos.

Se ha tenido acceso al Expediente 00686-2016-0-0401-JR-FT-02 seguido ante el Segundo Juzgado de Familia – Sede Cerro Colorado – de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (Investigación Tutelar, 2016). De su revisión, se comprueba que el Ministerio Público propició una investigación tutelar de restitución y protección de los derechos fundamentales de los niños, la que fue reconducida por el órgano jurisdiccional a una pretensión de nulidad de reconocimiento

de maternidad, declaración judicial de filiación y entrega de los niños Mateo Ismael y Lihan Aldair a sus madres biológicas. Conforme al literal b.2 del fundamento jurídico segundo de la Resolución 01-2016 del 18 de septiembre de 2016, el Juzgado consideró improcedente el pedido del Ministerio Público por cuanto el «proceso tutelar está diseñado únicamente para proteger o tutelar al niño, niña y adolescente que se encuentra en estado de abandono», situación en la que no se encuentran los niños del caso; por lo que, estimó «imprescindible reconducir la pretensión del Ministerio Público a fin de no permitir que el tiempo avance y se hagan más fuertes los lazos afectivos entre las madres y los hijos no biológicos», de acuerdo con el literal b.3 del fundamento jurídico tercero de la citada resolución.

En la Resolución 01-2016 del 18 de septiembre de 2016 se aprecia la solución inicial que propone el juzgado al conflicto entre la faceta estática y dinámica de la identidad filiatoria de los niños. Así, en el literal b.4 del fundamento jurídico segundo de la resolución en cuestión, toma en cuenta el vínculo afectivo para vislumbrar las medidas de tutela anticipada:

> han transcurrido casi cinco meses desde el nacimiento de ambos menores. por lo que la adaptación de estos a sus nuevas familias no puede ser inmediata sino progresiva, a lo que se suman los lazos afectivos de los padres que deben ser tratados de manera progresiva con regímenes de visitas e incluso terapias colectivas, porque de no hacerlo estaríamos forzando una entrega que podría ser hasta riesgosa para los niños más aún si tenemos en cuenta que obra una acta fiscal en la que los padres no querían entregar a los niños que consideran como hijos, a pesar de conocer que sus hijos biológicos eran otros: en este sentido, para este Magistrado el problema no se soluciona con un simple intercambio, sino brindando una protección integral a los niños y a sus familias.

A pesar de ello, en el apartado I) del literal b.2 del fundamento jurídico tercero de la resolución bajo análisis, resalta la importancia del vínculo biológico en la determinación de la identidad filiatoria:

De todo lo dicho es evidente que a pesar de que no existe ningún ordenamiento jurídico nacional o internacional que haya reconocido de manera expresa al derecho a la verdad biológica, nuestros tribunales lo consideran un derecho fundamental por cuanto deriva del derecho a lo identidad, derecho que a nivel nacional si ha tenido un reconocimiento. En este sentido, permitir que los niños Mateo lsmael y Lihan Aldair continúen con una filiación que no corresponde a su herencia genética conlleva una afectación grave al derecho fundamental a la verdad biológica.

Los Protocolos de Pericia Psicológica de las señoras Yovana Patricia Vera y Maribel Glorinda Musaja Maqque dan cuenta de la afectación emocional que el intercambio de los bebés y su entrega a sus familias biológicas produce en ellas. Así, en el Protocolo de Pericia Psicológica n.º 023681-2016-PSC de Yovana Patricia Vera, practicado por el Instituto de Medicina Legal de Arequipa del Ministerio Público, se concluye:

Su estado afectivo emocional revela tensión y preocupación respecto de los eventos ocurridos, expresa tristeza e incertidumbre, se muestra afligida durante la evaluación, evidencia desánimo y sensación de hastío, manifiesta lo siguiente: «es una pesadilla por lo que estoy pasando ahorita, ¿cómo se han podido equivocar tanto Dios mío?».

Asimismo, señala lo siguiente:

Yo me imaginaba que mi hijo era mío porque confiaba en el hospital, ahora me doy con la sorpresa de que el bebé que estaba criando no era mío, no puedo dormir porque sé que ese bebé se va a ir, no puedo ni describirlo como me siento ahorita, tanto que he llorado que no tengo ni una lágrima.

Por otro lado, afirma lo siguiente:

Tengo una angustia sobre la familia a quien se lo voy a entregar a mi bebé, a su verdadera mamá, me preocupa que la señora no lo

vaya a querer a mi bebé, por eso pido a la fiscalía que la siga a la señora para saber cómo lo trata a mi pequeño Lihan.

De otro lado, en el Protocolo de Pericia Psicológica n.º 023680-2016-PSC de Maribel Glorinda Musaja Maqque, practicado por el Instituto de Medicina Legal de Arequipa del Ministerio Público, se concluye:

- Estado afectivo emocional ansioso-depresivo ante sucesos motivo de investigación y al estar preocupada en tener que dejar al bebé que tiene en su poder.
- La examinada se encuentra en una lucha interna en que por un lado desea tener a su verdadero hijo, pero por otro le causa preocupación e incertidumbre alejarse del bebé que ha venido criando como si fuera su hijo del cual se ha encariñado llegando a proponer que se puede hacer cargo de los dos bebés.

El Segundo Juzgado de Familia, Sede Cerro Colorado, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa emite sentencia el 26 de septiembre de 2016 declarando fundada la demanda de tutela presentada por el Ministerio Público, reconducida a una demanda de nulidad de reconocimiento de maternidad, declaración judicial de filiación y entrega de los niños —Mateo Ismael y Lihan Aldair— a sus madres biológicas. De acuerdo con el fundamento jurídico segundo de la sentencia bajo comentario, la solución anticipada al conflicto que tomó en cuenta el vínculo afectivo de la identidad filiatoria de los niños es reemplazada por una postura definitiva del juzgado que pondera prioritariamente el vínculo biológico. Así, se expone:

> El Tribunal Constitucional ha establecido que: el derecho a la verdad no solo deriva de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política, la cual. en su artículo 44 establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que afectan la dignidad del hombre […]. Así, el derecho a

la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. En ese mismo sentido está lo afirmado por los vocales de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República al afirmar que: para poder cumplir con los derechos y deberes que corresponden a los hijos, debe conocerse previamente quiénes son sus padres. Este último derecho es un atribuyo de la identidad de toda persona, lo que ha sido regulado en forma expresa en el numeral 1 del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño. que a la letra dice: «El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en lo mediado de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos».

Por lo que el derecho a conocer a sus padres biológicos y a ser cuidados por ellos constituye un derecho fundamental de la infancia que reclama la prevalencia de la verdad biológica sobre la voluntad creadora del vínculo, derecho reconocido incluso en nuestra Constitución Política.

Resulta evidente que no se alcanzaría la paz social si los derechos fundamentales de la persona, como son el de conocer a los padres y ser cuidados por ellos, no son reconocidos y protegidos: la permisibilidad de la investigación paternofilial permite un cabal ejercicio y protección de tales derechos. más aún si las investigaciones científicas han avanzado de tal modo que pueden otorgar conclusiones decisivas sobre la realidad del nexo biológico, haciendo posible un derecho constitucionalmente protegido como es el derecho a la verdad.

La conclusión fue difundida en la página web de Justicia TV del Poder Judicial bajo un título que destaca la postura a favor de la faceta estática de la identidad filiatoria: «Juez logró que bebés cambiados en hospital vuelvan con padres biológicos» (Justicia TV, 2016):

El juez Giancarlo Torreblanca Gonzales, titular del Segundo Juzgado de Familia de Cerro Colorado (Arequipa), logró que las madres de los bebés intercambiados en el hospital Honorio Delgado de Arequipa entreguen voluntariamente a las criaturas para que vuelvan con sus padres biológicos.

Las gestiones se iniciaron el lunes por la tarde cuando los padres y bebés involucrados en este caso llegaron a las terapias programadas por el juzgado de Familia.

En esas circunstancias, bajo la supervisión de psicólogos, el doctor Torreblanca Gonzales persuadió a las progenitoras Maribel Musaja Maqque y Yovana Patricia Vera para que dieran de lactar a los niños, convenciéndolas para que pasen la noche con sus verdaderos hijos, de manera que pudieran reforzarse los lazos de afectividad.

La respuesta decisiva de este caso de disputa de maternidades por naturaleza demuestra la marcada predisposición en las decisiones del Poder Judicial a favor de la faceta estática de la identidad filiatoria; lo que no contribuye al reconocimiento de la multiparentalidad, a pesar de recaer en diferentes sujetos la faceta estática y la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

10. Criterios judiciales para imponer la visión biparental en casos de disputa de paternidades por naturaleza

La revisión de las diez sentencias en casación emitidas por las salas civiles permanente y transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República demuestran la marcada predisposición en las decisiones del Poder Judicial a favor de la biparentalidad; mediante la cual se aprecia la negación de la existencia de la multiparentalidad, en aquellos casos de disputa de paternidades por naturaleza en los que recae en diferentes sujetos la faceta estática y la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

10.1. Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria

La revisión realizada permite apreciar los criterios judiciales aplicados, en el que se consideran las circunstancias de cada caso para imponer la biparentalidad y, así, privilegiar la faceta estática de la identidad filiatoria. La referida solución a los casos de disputa de paternidades por naturaleza es reconocida en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia realizado en Lima los días 3 y 4 de noviembre de 2022, a propósito del «tema 2» sobre la temática de «la identidad dinámica y estática en los procesos de filiación» (Centro de Investigaciones Judiciales, 2022, p. 22):

> en los procesos de filiación, ya sea en los que se pretende el reconocimiento de la paternidad o en los que se impugna la paternidad, pues es muy común que, en los mismos, la prueba determinante sea la prueba de ADN, en base a la cual se suele resolver dichos conflictos.

En la tabla 1 se exponen casos, en la cual prima la faceta estática de la identidad filiatoria. Estos casos encuentran su fundamento en el artículo 7.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño que precisa: «El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos»

Conforme a ello, el derecho del niño a conocer a sus padres se vincula con el derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento; por lo que en la partida de nacimiento debe consignarse el nombre de sus verdaderos progenitores, lo que constituye la manifestación concreta del derecho a la identidad. Siendo así, en caso de conflicto entre las facetas estática y dinámica, se debe privilegiar la primera por guardar relación directa con el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En ese sentido, el reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatoria.

De los casos en los que se ha privilegiado la faceta estática de la identidad filiatoria se pueden distinguir dos circunstancias: a) aquellos en los que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de un presunto padre, y b) aquellos en los que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de dos presuntos padres. A continuación se presenta la tabla 1:

Tabla 1

Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casación n.° 2151-2016 Junín	Elías Antonio Mallqui Venturo (demandante) Rossi Janeth Figueroa Baltazar (demandado)	Se acreditó que el demandante no es el progenitor biológico del menor que voluntariamente reconoció. No se argumentó la existencia de posesión constante de estado de familia entre el demandante y el menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.
Casación n.° 04976-2017 Lima	César Humberto Moran Murga (demandante) Carlos Alberto Zegarra Cuba (demandado) Roxana Pierinna Oviedo Bedoya (demandado)	Se acreditó que el demandante es el progenitor biológico del menor, quien lleva el apellido del demandado que lo reconoció y a quien reputa como su padre. No obstante que ambos padres, el biológico y el afectivo, se han encargado de las necesidades y atenciones del niño, se considera conveniente para el menor que su identidad dinámica coincida con su identidad biológica y que el juez debe atender a lo que más favorezca al menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.
Casación n.° 2726-2012 del Santa	Nolberto Hugo Roca Maza (demandante) Teodoro Arturo Guerrero Alvarado (demandado) Eva Elvira Cárdenas Rosales (demandado)	Se acreditó que el demandante es el progenitor biológico de la hija extramatrimonial de una mujer casada. El marido de la madre asumió la condición de padre legal y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003 en que se produce la separación conyugal. Por otro lado, desde el año 2003, el demandante y la madre inician una convivencia en compañía de la menor; quien identifica como su padre al demandante. Ambos padres, el biológico y el afectivo, se han encargado de las necesidades y atenciones del niño, en periodos distintos de su vida. Se considera acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casación n.° 2236-2017 Lambayeque	Nemecio Tocto Cruz (demandante) Adela Socorro Ramírez Huancas (demandada)	No se actuó la prueba de ADN por la negativa de la parte demandada de someterse a ella; lo que fue valorado como un indicio en su contra, apreciándose además la verosimilitud de las aseveraciones del demandante, quien ha señalado incluso la identidad del presunto padre biológico del menor y ha interpuesto demanda de divorcio por la causal de adulterio en contra de la madre. Se argumentó la inexistencia de posesión constante de estado de familia entre el demandante y el menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.

Nota. Elaboración propia

El primer grupo, aquellos casos en los que se impuso la biparentalidad, en la que se ha privilegiado la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre, se aprecia en la tabla siguiente:

Tabla 2

Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casación n.° 2151-2016 Junín	Elías Antonio Mallqui Venturo (demandante) Rossi Janeth Figueroa Baltazar (demandado)	Se acreditó que el demandante no es el progenitor biológico del menor que voluntariamente reconoció. No se argumentó la existencia de posesión constante de estado de familia entre el demandante y el menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.
Casación n.° 2236-2017 Lambayeque	Nemecio Tocto Cruz (demandante) Adela Socorro Ramírez Huancas (demandada)	No se actuó la prueba de ADN por la negativa de la parte demandada de someterse a ella; lo que fue valorado como un indicio en su contra, apreciándose además la verosimilitud de las aseveraciones del demandante, quien ha señalado incluso la identidad del presunto padre biológico del menor y ha interpuesto demanda de divorcio por la causal de adulterio en contra de la madre. Se argumentó la inexistencia de posesión constante de estado de familia entre el demandante y el menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.

Nota. Elaboración propia

Las circunstancias expuestas evidencian elementos comunes en ambos casos para la configuración del criterio adoptado por los tribunales:

a. Impugnación de paternidad por quien practicó el reconocimiento.
b. Inexistencia del vínculo biológico entre el demandante y el menor. Sin embargo, muestran diferencias en cuanto a la existencia o no de posesión de estado de familia entre el demandante y el menor.

En lo que se refiere a la legitimidad para impugnar la paternidad por quien practicó el reconocimiento, en ambos casos se admitió que la actual normatividad del Código Civil sobre esta materia contiene restricciones ilegítimas al derecho a la identidad. En la Casación n.º 2151-2016 Junín, sobre impugnación de la paternidad extramatrimonial, se precisó ello respecto del artículo 395 del Código Civil que postula la irrevocabilidad del reconocimiento. Así, se expuso que:

> No podría negarse el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva para dar solución a la discordancia entre la voluntad declarada de un hijo extramatrimonial, de quien no conocía que no era realmente su hijo y la verdad biológica determinada mediante la prueba de ADN a efectos de establecer el vínculo filial del menor. Es entonces en dicha circunstancia en la que se cuestiona el acto de reconocimiento voluntario en que la voluntad inicial del declarante, en la creencia de que el reconocido era realmente su hijo, cuando en realidad no era el padre, se advierte que el artículo 395 del Código Civil restringe el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante, así como el derecho a la identidad del menor que justifica que conozca a su verdadero progenitor, cuando se haya demostrado que no existe nexo biológico entre el demandante y el menor.

Por otro lado, en la Casación n.º 2236-2017 Lambayeque, sobre impugnación de paternidad matrimonial, se precisó ello sobre los artículos 364 y 400 del Código Civil que postulan un plazo de caducidad de noventa días desde el parto para impugnar la paternidad

matrimonial o desde aquel en que se tuvo conocimiento del acto para impugnar la paternidad extramatrimonial, respectivamente. Así se expuso que:

> Por consiguiente, esta sala suprema considera adecuada la inaplicación de los artículos 364 y 400 del Código Civil, pues una interpretación restrictiva de los mismos importaría la afectación de derechos sustanciales del menor, como es el derecho de filiación, su nombre y la identidad, así como la posibilidad de pertenecer a una familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde, y el derecho del padre y de la madre a que se reconozca y ejerza su paternidad.

Respecto a la inexistencia del vínculo biológico entre el demandante y el menor, en ambos casos se consideró la primacía de la verdad biológica ante la voluntad declarada por quien desconocía dicha realidad. Así, en la Casación n.º 2151-2016 Junín, con la prueba de ADN se acreditó que el demandante no es el progenitor biológico del menor que voluntariamente reconoció; mientras que en la Casación n.° 2236-2017 Lambayeque, si bien ello no quedó comprobado directamente por la negativa de la parte demandada de someterse a la prueba de ADN, tal conducta procesal fue valorada como un indicio en su contra que, aunado a la verosimilitud sobre la no paternidad del demandante, la sindicación sobre el presunto padre biológico y la interposición de una demanda de divorcio por adulterio, determinó considerar la inexistencia de la faceta estática de la identidad filiatoria.

Con relación a la posesión de estado de familia entre el demandante y el menor, en la Casación n.º 2151-2016 Junín ello no fue expuesto en la demanda y, por lo mismo, no fue considerada su existencia en la argumentación del Supremo Tribunal. En este caso, el análisis se centró únicamente en la faceta estática de la identidad filiatoria, afirmándose que la decisión adoptada es acorde con el interés superior del niño por cuanto:

> no se imposibilita la plena vigencia del derecho del menor a la filiación y a gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, por cuanto al ser contrario a la realidad, el reconocimiento practicado por quien no era el padre biológico del menor se está afectando el derecho fundamental a conocer su verdad biológica.

En cambio, en la Casación n.° 2236-2017 Lambayeque la consideración a la inexistencia de posesión de estado de familia entre el demandante ha sido determinante para la decisión adoptada por el Supremo Tribunal; destacando que, como el sistema de protección internacional de los derechos del niño busca privilegiar la relación jurídica que une al niño con sus padres biológicos, por ello:

> se tiene que la verdad biológica debe prevalecer sobre la verdad sociológica, pues si bien el menor fue criado en el seno de una relación matrimonial, a la fecha de interposición de la demanda no existía un estado de posesión consolidado entre el menor y el demandante, en razón a que este ya no convive con la demandada ni con el menor, lo cual se corrobora por el hecho de que ambas partes procesales han reconocido que aquel ha entablado una demanda de divorcio por la causal de adulterio en contra de la demandada y tiene una nueva pareja con la cual ha procreado dos hijas.

En la misma línea, se resalta más aún lo fundamental de privilegiar la faceta estática por considerar que ello permitirá la posibilidad de que el hijo pueda entablar una posesión constante de estado de familia con su padre biológico. Así se precisa:

> En el caso concreto, el núcleo familiar básico que se le asignó al menor se ha desintegrado, pues el menor no goza de la posesión de estado con respecto al demandante, quien además al impugnar su paternidad evidencia que no tiene intenciones de tratar como hijo al menor afectado, cuestión de hecho que revela que la familia no continúa su convivencia normal; es decir, no existe

más ese marco familiar real y afectivo que ha permitido su crecimiento; por lo que no existen razones para pensar que resultaría más beneficioso para el menor proteger una realidad familiar que ya no existe, por el contrario, es probable que aún esté a tiempo de entablar relaciones familiares afectivas con su verdadero padre biológico, por lo que resulta trascendental para resolver el conflicto presentado develar el vínculo biológico y determinar la verdadera filiación del menor, respetando de esta manera el derecho a la identidad de los involucrados.

Como se ha visto, los casos analizados en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre, se basan en la idea que en los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú se privilegia el presupuesto biológico que surge de la procreación; por lo que, debe tenderse a la coincidencia del estado de familia con la verdad genética.

El segundo grupo, aquellos casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de dos presuntos padres, se aprecia en la tabla siguiente:

Tabla 3

Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de dos presuntos padres

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casación n.° 04976-2017 Lima	César Humberto Moran Murga (demandante) Carlos Alberto Zegarra Cuba (demandado) Roxana Pierinna Oviedo Bedoya (demandado)	Se acreditó que el demandante es el progenitor biológico del menor, quien lleva el apellido del demandado que lo reconoció y a quien el menor reputa como su padre. No obstante que ambos padres, el biológico y el afectivo, se han encargado de las necesidades y atenciones del niño, se considera conveniente para el menor que su identidad dinámica coincida con su identidad biológica y que el juez debe atender a lo que más favorezca al menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casación n.° 2726-2012 del Santa	Nolberto Hugo Roca Maza (demandante) Teodoro Arturo Guerrero Alvarado (demandado) Eva Elvira Cárdenas Rosales (demandado)	Se acreditó que el demandante es el progenitor biológico de la hija extramatrimonial de una mujer casada. El marido de la madre asumió la condición de padre legal y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003 en que se produce la separación conyugal.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.

Nota. Elaboración propia

Las circunstancias expuestas evidencian elementos comunes en ambos casos para la configuración del criterio adoptado por los tribunales:

a) Impugnación de paternidad de quien practicó el reconocimiento, importando una reclamación de la paternidad por el demandante.
b) Existencia del vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y el menor.
c) Existencia de posesión de estado de familia entre el demandante (padre biológico) y el demandado (padre afectivo) con el menor.

En lo que se refiere a la legitimidad para impugnar la paternidad de quien practicó el reconocimiento, en la Casación n.º 04976-2017 Lima ello no fue un problema pues el artículo 399 del Código Civil legitima a impugnar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial a quienes no hayan intervenido en dicho acto; situación en la que se encuentra el demandante, quien a su vez reclama la paternidad. En cambio, en la Casación n.º 2726-2012 del Santa, por tratarse de la impugnación de paternidad del hijo de una mujer casada, para admitir que el demandante tiene legitimidad para cuestionar la paternidad matrimonial se tuvo que recurrir al control de constitucionalidad de los artículos 396 y 404 del Código Civil que solo lo autorizan cuando el marido la hubiera impugnado y obtenido sentencia favorable. Como tal circunstancia no concurre en el presente caso, se las considera normas que restringen ilegítimamente el pleno ejercicio del derecho a la identidad. Por ello, se precisó que:

> resulta procedente declarar inaplicable, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal.

Respecto a la existencia del vínculo biológico, en ambos casos se acreditó con la prueba de ADN que el demandante es el padre biológico del menor.

Con relación a la posesión de estado de familia, en ambos casos se acreditó su existencia entre el demandante (padre biológico) y el demandado (padre afectivo) con el menor; presentándose, así, el conflicto entre las facetas estática y dinámica de la identidad filiatoria que el Supremo Tribunal resolvió a favor de la primera.

En la Casación n.º 04976-2017 Lima resulta importante destacar el trato familiar que sostenía el menor con ambos padres, biológico y afectivo; quien, en la entrevista sostenida con el juzgado, «manifestó que su papá se llama "Carlos Zegarra Oviedo" (sic), así como que sí conoce a César Humberto Morán Murga y que este lo visita». Esto pudo haber permitido al Supremo Tribunal estimar la multiparentalidad presente y disponer normas de conducta a las partes para su afianzamiento, en aras de promover el interés superior del menor. Sin embargo, no fue valorado de esta manera por las incongruentes actuaciones de las partes, quienes tampoco tenían conciencia de su presencia; por lo que, se resolvió por la biparentalidad, privilegiando la faceta estática, por percibir que ello es favorable al interés superior del niño del caso. Así se expone:

> **Octavo.** En ese sentido, a fin de absolver las impugnaciones es necesario señalar lo siguiente:

1. El menor fue reconocido por el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba, por lo que lleva su apellido paterno, conforme se advierte de la partida de nacimiento de la página diecisiete.
2. En el escrito de absolución de la demanda, el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba ha señalado que la madre del menor le hizo creer que era su hijo y bajo esa creencia fue que efectuó el reconocimiento.
3. El demandante César Humberto Moran Murga, impugna el reconocimiento realizado por el codemandado y acredita ser el padre biológico del menor con la prueba de ADN de la página cuatro.
4. En un principio la codemandada Roxana Pierinna Oviedo Bedoya (madre del menor) estuvo de acuerdo en que se esclarezca la identidad del menor, siendo que en su escrito de contestación de la demanda (página ciento cincuenta y cuatro) refirió expresamente: Que, es necesario señalar que desde el mes de abril del año 2012, fecha en la que se tenía certeza que el demandante era el padre del menor, este ha estado haciéndose cargo de los alimentos del niño y ha estado ejerciendo de facto su derecho de visitas. Luego, agregó: «Que, la suscrita también tiene conocimiento que el demandado desea aclarar la paternidad del menor y renunciar a la misma y yo estoy de acuerdo con esa decisión».
5. En ese mismo sentido el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba, en su escrito de absolución de la demanda (página ciento treinta y siete) señaló: «Que, es cierto que con el fin de no perjudicar a S. es que se desea que se esclarezca el vínculo paterno filial del menor»; y, más adelante: «Que efectivamente desea que se aclare la paternidad y que su judicatura acepte la negación de reconocimiento con el fin que el demandante pueda ser legalmente el padre de S.».
6. Hay que añadir aquí que el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba recibió una compensación por parte del demandante, por la suma de cuarenta y dos mil ciento setenta y cuatro soles (S/42 174) (página doscientos siete), lo que evidencia, conjuntamente con la reconvención presentada, en la que pide una indemnización, que no se siente el padre del menor.

7. En la continuación de la audiencia de pruebas realizada el 30 de octubre de 2014 (página trescientos dieciocho), la codemandada en su declaración de parte ante la pregunta ¿Si en algún momento usted le dijo a su menor hijo que su padre era César Humberto Moran Murga? Respondió: «Sí, aproximadamente en el año mayo de 2012».

Noveno. De lo antes señalado se aprecia claramente que los codemandados tienen una idea de identidad que se amolda según su estado de ánimo, por cuanto para ellos en un inicio lo mejor para el niño era ser reconocido por su padre biológico y ahora ya no están de acuerdo con ello; empero, ello no puede ser permitido por las instancias jurisdiccionales justamente en aras del interés superior del niño que los recurrentes ahora propugnan.

Décimo. Lo que se debe salvaguardar es el derecho del menor de identificarse con el apellido paterno que le corresponde, esto es, con el apellido de su padre biológico y si bien el menor a la fecha se ha venido identificando con el apellido del codemandado, ello ha sido por las decisiones tomadas por los mismos codemandados, quienes han permitido que se siga manteniendo dicha situación, pese a haber aceptado en un inicio el esclarecimiento de la identidad del menor cuando este aún no tenía dos años de edad. Siendo más bien que la conducta de los codemandados es la que ha puesto en peligro el estado emocional del menor, ya que por un lado la madre del menor le señaló que el demandante es su padre, habiendo permitido que conviva con él en las visitas que realizaba y por otro ha permitido que siga manteniendo una relación paternal con el codemandado, lo que sin lugar a dudas trae confusión al menor.

Décimo primero. En ese sentido, los demandados son los que distorsionan la identidad del menor y a fin de no seguir causándole mayor perjuicio, y teniendo como base el interés superior de este, se hace necesario que su identidad dinámica (constituida por una conducta de los demandados que le niega su condición de hijo y un comportamiento del demandante por querer asumir la condición de padre que le corresponde) coincida con su identidad biológica, por lo que este Supremo Tribunal coincide con la

decisión tomada por la Sala Superior, no advirtiéndose infracción de las normas denunciadas.

Décimo segundo. Respecto a la denuncia de infracción normativa de los artículos 6 y 9 del Código de los Niños y Adolescentes, la recurrente señala que la Sala Superior no ha tomado en cuenta la opinión del menor, quien ha referido que reconoce al codemandado como su padre. En ese aspecto, la denuncia que se hace sobre el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes que regula el derecho a la identidad, ha sido contestada en los acápites precedentes.

Décimo tercero. De otro lado, el artículo 9 del mismo cuerpo normativo, en efecto señala que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente, agregando que se debe tener en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Ahora bien, el niño ha sido escuchado, tal cual se aprecia de la audiencia complementaria de pruebas de fecha 30 de abril de 2015 (página trescientos sesenta y cuatro), en la cual manifestó que su papá se llama «Carlos Zegarra Oviedo» (sic), así como que sí conoce a César Humberto Morán Murga y que este lo visita. Tal declaración ha sido tomado en cuenta por la Sala Superior, conforme se advierte del considerando nueve de la impugnada, por lo cual se ha cumplido con escuchar al niño y evaluar su dicho; en buena cuenta, que el juez deba atender al menor no significa que tenga que hacer lo que este manifiesta, sino, bajo apreciación razonada y evaluación conjunta de las demás pruebas y situaciones existentes (que han sido señaladas en el considerando octavo de la presente ejecutoria), tome una decisión acorde con el interés superior del niño, lo cual se ha cumplido en la sentencia impugnada; más aún, si tal como ha señalado el menor, sí conoce al demandante y este lo sigue visitando, lo cual inevitablemente genera confusión al menor. En ese sentido, la denuncia deviene en infundada.

De otro lado, en la Casación n.º 2726-2012 del Santa también se comprueba la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo. En efecto, el demandado —marido de la

madre y padre afectivo de la menor— asumió la condición de padre legal y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003 en que se produce la separación conyugal; señalando que:

> por mutuo acuerdo iniciaron el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, en el mismo que acordaron la tenencia, alimento y régimen de visitas, culminado el proceso se declaró disuelto el vínculo matrimonial, refiere que salía a pasear con la menor los fines de semana, y la llevaba a la casa donde habita con sus padres y hermanos, e incluso cuando su hija enfermaba salían al médico, concluyendo que la menor ha sido reconocida dentro de la unión conyugal y nunca ha negado ser padre de la menor.
>
> Por otro lado, desde el año 2003, el demandante y la madre inician una convivencia en compañía de la menor; quien, conforme al informe psicológico, identifica como su padre al demandante: «la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso».

Es en consideración a la actual posesión constante de estado de familia que sostiene la hija con su padre biológico que en este caso se resuelve a favor de la faceta estática con el propósito que coincida con la faceta dinámica que se viene desplegando en el tiempo. Así, se expone:

> **Décimo cuarto.-** Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de 2003, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión

que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación.

10.2. Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria

La revisión realizada permite apreciar los criterios judiciales aplicados, en los que se han considerado las circunstancias de cada caso, para imponer la biparentalidad privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

Los casos presentados en la tabla 4, exponen que la primacía de la faceta dinámica de la identidad filiatoria encuentra su fundamento en el artículo 8.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño que precisa: «Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas».

Desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares. Por eso:

> cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ello no puede justificarse solo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace a sí mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo. (Casación n.º 4430-2015 Huaura)

A continuación, se presenta la tabla 4:

Tabla 4

Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casación n.º 4430-2015 Huaura	Jorge Antonio Manayay Ramos (demandante) Yelitza Lucía Verde Agama (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones de la madre de la menor, quien ha manifestado que el demandante no es el padre. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por seis años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico ni se actuó la prueba de ADN que descarte el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
Casación n.º 3797-2012 Arequipa	Simón Coyla Quispe (demandante) Natividad Esther Sucari Chancatuma (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones de la madre de la menor, quien ha manifestado que el demandante no es el padre. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por diecisiete años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico ni se actuó la prueba de ADN que descarte el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, por no concurrir situaciones especiales que justifiquen desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casación n.º 1622-2015 Arequipa	Esteban Ccopa Ojeda (demandante) Filomena Ana María Gutiérrez Huamán (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones del hijo de la madre de la menor, quien ha manifestado que el demandante no es el padre. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por diecisiete años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico, pero sí se actuó la prueba de ADN que descartó el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, pues no se satisface el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente tenía ya no es tal, pero en su lugar el juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de este es evidentemente más precaria.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
Casación n.º 950-2016 Arequipa	Joel Eduardo Vilca Flores (demandante) Luis Alberto Medina Vega (demandado) Fiorella Kathy Medina Sánchez (demandado)	Con la prueba de ADN se acreditó que el demandante es el progenitor biológico de la hija extramatrimonial de una mujer casada. Por esta condición, no pudo realizar el reconocimiento; siendo el marido de la madre el que asumió la condición de padre legal, por la presunción de paternidad, y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandado y la hija por más de nueve años desde el nacimiento, siendo el padre biológico un desconocido para ella. Preservación de la identidad, en tanto que se ha demostrado la identidad filiatoria de la niña, en su faceta dinámica que denota fehacientemente dicho estado de familia.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casación n.° 3456-2016 Lima	Franklin Roger Bullón Calderón (demandante) Sheila María Ezeta Gutiérrez (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por quince años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico, pero sí se actuó la prueba de ADN que descartó el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, por no concurrir situaciones especiales que justifiquen desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
Casación n.° 1622-2016 Puno	Jaime Raúl Soncco Ramos (demandante) Marleny Quispe Romero (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por trece años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico, pero sí se actuó la prueba de ADN que descartó el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, pues no se satisface el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente tenía ya no es tal, pero en su lugar el juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de este es evidentemente más precaria.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

Nota. Elaboración propia

De acuerdo con ello, para establecer un vínculo jurídico de filiación, el soporte biológico no es siempre una razón suficiente ni tampoco un elemento necesario para su constitución, pues tal relación jurídica es posible que proceda de un acto de voluntad como es el caso de la posesión constante de estado de familia. Es la voluntad, que ha modificado el propio concepto de filiación, la que encamina la solución hacia la protección de una filiación vivida y jurídicamente instituida que hay que preservar frente a la búsqueda de una realidad biológica que la contradice.

De los casos en los que se ha privilegiado la faceta dinámica de la identidad filiatoria se pueden distinguir dos circunstancias: a) aquellos en los que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de un presunto padre; y, b) aquellos en los que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de dos presuntos padres.

El primer grupo, aquellos casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre, se aprecia en la tabla siguiente:

Tabla 5

Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casación n.º 4430-2015 Huaura	Jorge Antonio Manayay Ramos (demandante) Yelitza Lucía Verde Agama (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones de la madre de la menor, quien ha manifestado que el demandante no es el padre. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por seis años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico ni se actuó la prueba de ADN que descarte el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casación n.º 3797-2012 Arequipa	Simón Coyla Quispe (demandante) Natividad Esther Sucari Chancatuma (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de un hijo extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones de la madre de la menor, quien ha manifestado que el demandante no es el padre. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y el hijo por diecisiete años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico ni se actuó la prueba de ADN que descarte el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, por no concurrir situaciones especiales que justifiquen desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
Casación n.º 1622-2015 Arequipa	Esteban Ccopa Ojeda (demandante) Filomena Ana María Gutiérrez Huamán (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones del hijo de la madre de la menor, quien ha manifestado que el demandante no es el padre. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por diecisiete años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico, pero sí se actuó la prueba de ADN que descartó el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, pues no se satisface el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente tenía ya no es tal, pero en su lugar el juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de este es evidentemente más precaria.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casacion n.° 3456-2016 Lima	Franklin Roger Bullón Calderón (demandante) Sheila María Ezeta Gutiérrez (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por quince años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico, pero sí se actuó la prueba de ADN que descartó el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, por no concurrir situaciones especiales que justifiquen desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
Casación n.° 1622-2016 Puno	Jaime Raúl Soncco Ramos (demandante) Marleny Quispe Romero (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por trece años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico, pero sí se actuó la prueba de ADN que descartó el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, pues no se satisface el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente tenía ya no es tal, pero en su lugar el juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de este es evidentemente más precaria.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

Nota. Elaboración propia

Las circunstancias expuestas evidencian elementos comunes en todos los casos para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: a) reconocimiento y asunción de la paternidad de un hijo extramatrimonial por parte del demandante, b) impugnación amparada solo en probables supuestos genéticos, c) existencia de posesión constante de estado de familia entre el demandante y el hijo, d) no identificación del verdadero padre biológico; e) Actuación de la prueba de ADN, con descarte del vínculo biológico con el demandante (solo en la Casación n.º 1622-2015 Arequipa, Casación n.º 3456-2016 Lima y Casación n.º 1622-2016 Puno), y f) preservación de la identidad dinámica, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento.

En efecto, en todos los casos analizados el demandante realizó el reconocimiento voluntario y asumió la paternidad de un hijo extramatrimonial.

Asimismo, en todos los casos estudiados la impugnación de paternidad se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones improbadas de que el demandante no es el padre, atribuidas a la madre (Casación n.º 4430-2015 Huaura y Casación n.º 3797-2012 Arequipa) o a terceros (Casación n.º 1622-2015 Arequipa, Casación n.º 3456-2016 Lima y Casación n.º 1622-2016 Puno), que no generan verosimilitud en la exculpación.

Igualmente, en todos los casos evaluados existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y el hijo. Así, en la Casación n.º 4430-2015 Huaura el trato familiar se desarrolló por seis años desde el reconocimiento; mientras que, en la Casación n.º 3797-2012 Arequipa se desarrolló por diecisiete años y en la Casación n.º 1622-2015 Arequipa por dieciséis años. En la Casación n.º 3456-2016 Lima, además de las vivencias familiares por quince años, se destaca la opinión de la menor:

> La menor no ha cuestionado su identidad; de hecho, prestó declaración, tal como es de ver a folios ochocientos cincuenta y ocho, señalando, a la pregunta si conoce al demandante: «sí lo conozco desde que tengo uso de razón, es mi padre; él es mi imagen paterna, con él he asistido al colegio en el Día del Padre».

> Y, más adelante: «mi papá Roger […] me sacaba a pasear los fines de semana, siempre iba a la casa de mis abuelitos Fresia y Fernando», para agregar después: «yo lo considero que es mi padre».

En la Casación n.º 1622-2016 Puno se expone la existencia de una posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por trece años, de esta manera:

> ha existido un comportamiento reiterado del accionante en reconocer a la menor Roshelyn Soncco Quispe como su hija, tanto de manera privada como ante instituciones administrativas (Municipalidad Provincial de Puno) e imprecisión sobre la manera cómo la demandada lo habría engañado, tampoco hay medio probatorio que respalde su dicho; por el contrario, lo que se observa es la actitud de un profesional, mayor de edad, que tiene una relación amorosa y convivencial con la demandada, que libre y conscientemente acepta reconocer a la menor Roshelyn Soncco Quispe, y que a lo largo de sus años ha tenido el status familiar de hija del demandante (identidad dinámica).

Punto trascendente es el referido a la no identificación del verdadero padre biológico, lo que se considera perjudicial al interés superior del niño del caso en concreto pues de prosperar la impugnación de paternidad su identidad filiatoria quedará indefinida. Así, en la Casación n.º 3797-2012 Arequipa se precisa:

> De otro lado, el propio Código de los Niños y Adolescentes menciona que en todos los casos en los que interviene un menor debe favorecerse a su interés superior. Aquí debe advertirse que, como se ha indicado, la identidad estática y dinámica aludidas en el considerando anterior no han sido cuestionadas por el menor; no se trata, por tanto, de solucionarle un problema a él, sino más bien de crearle uno, de generarle zozobra en su vida diaria, de perturbarlo anímicamente sobre quién es y de dónde proviene; en buena cuenta, lo que encierra el pedido del demandante es

> negarle el derecho que durante diecisiete años ha llevado consigo el menor. Ello, de ninguna forma, supone preservar el interés superior del menor; por el contrario, lo menoscaba y perjudica.

En la Casación n.º 1622-2015 Arequipa el perjuicio se pone en relevancia respecto de los efectos personales y patrimoniales que surgen del vínculo paternofilial:

> En efecto, el hecho que se declare la no paternidad ordenando que se descarte toda referencia a la paternidad del acta de nacimiento, no tendría efectos positivos, por el contrario, la apreciación de las consecuencias concretas que este tipo de decisiones produce en la realidad evidencia que en los hechos el niño o niña involucrado en la controversia, en realidad no puede acceder a la verdad sobre su origen biológico, pues la decisión jurisdiccional que declara la urgencia de tutelar su derecho a conocer su origen, únicamente se limita a descartar la filiación que hasta ese momento tiene, pero no proporciona nada en reemplazo de esta afectación. No se satisface, entonces, el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente este tiene ya no es tal (se elimina del acta de nacimiento la paternidad que hasta el momento existía), pero en su lugar el juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de este es evidentemente más precaria.

La misma línea de criterio se destaca en la Casación n.º 3456-2016 Lima y en la Casación n.º 1622-2016 Puno:

> En esa misma perspectiva, el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, ha sido diseñado para la defensa de los intereses del menor. Así, la norma es clara al indicar que: «el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad». De otro lado, el mismo código prescribe que en todos los casos en los que interviene un menor debe favorecerse a su interés superior.

Aquí debe advertirse que, como se ha indicado, la identidad estática y dinámica aludidas en el considerando anterior no han sido cuestionadas por la menor; así, no se trata, por tanto, de solucionarle un problema a él, sino más bien de crearle uno, de generarle zozobra en su vida diaria, de perturbarlo anímicamente sobre quién es y de dónde proviene; en buena cuenta, lo que encierra el pedido del demandante es negarle el derecho que tiene la menor, lo que de ninguna forma, supone preservar el interés superior del niño; más por el contrario, lo menoscaba y perjudica.

Respecto a la actuación de la prueba de ADN, se debe señalar que en la Casación n.º 4430-2015 Huaura no se practicó la prueba de ADN por la negativa de la madre justificada en no querer exponer a su hija a una situación traumática; mientras que en la Casación n.º 3797-2012 Arequipa no hay referencia alguna sobre ello.

En cambio, tanto en la Casación n.º 1622-2015 Arequipa, como en la Casación n.º 3456-2016 Lima y en la Casación n.º 1622-2016 Puno, se actuó la prueba de ADN y se demostró que el demandante no es el padre biológico de la menor. A pesar del resultado favorable a la parte accionante, en todos los casos el Supremo Tribunal señaló que:

> cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental, pues considerar que el dato bilógico es incuestionable implica otorgar una «santidad» a un hecho que no puede ceder ante otras realidades. Tal reduccionismo es tan absurdo como el de las presunciones incuestionables que no pueden tolerarse.

De acuerdo con ello, en la Casación n.º 1622-2015 Arequipa se resaltan los perjuicios que provoca para el hijo el desconocer la faceta dinámica de la identidad biológica:

> En efecto, el hecho que se declare la no paternidad ordenando que se descarte toda referencia a la paternidad del acta de nacimiento, no tendría efectos positivos, por el contrario, la

> apreciación de las consecuencias concretas que este tipo de decisiones produce en la realidad evidencia que en los hechos el niño o niña involucrado en la controversia, en realidad no puede acceder a la verdad sobre su origen biológico, pues la decisión jurisdiccional que declara la urgencia de tutelar su derecho a conocer su origen, únicamente se limita a descartar la filiación que hasta ese momento tiene, pero no proporciona nada en reemplazo de esta afectación.

Mientras que, en la Casación n.° 3456-2016 Lima se califica como un proceder arbitrario del demandante el pretender desconocer la faceta dinámica de la identidad filiatoria:

> Hay que señalar que el mero capricho no posibilita amparar este tipo de peticiones. Tal vía sería una invitación para que cualquier persona, en cualquier momento y sin mediar causa alguna que justifique su pedido, impugne la paternidad que ha mantenido a lo largo de los años. Ese hecho sí constituiría una infracción a la identidad porque siendo esta proyectiva, es decir, realizándose de manera continua, en el uso de la libertad y de las querencias propias que una relación familiar general, terminaría siendo cuestionada por la simple voluntad de un padre que no tiene en cuenta la identidad que ha forjado en su relación con su hija.

En la Casación n.º 1622-2016 Puno se destaca la trascendencia que tiene para el hijo la conducta asumida en el tiempo por quien lo reconoció como su padre, generando una posesión constante de estado de familia que es la esencia de la faceta dinámica de la identidad filiatoria:

> Y que si bien es cierto la prueba del ADN arroja resultado negativo (dato biológico, identidad estática) ha existido un comportamiento reiterado del accionante en reconocer a la menor Roshelyn Soncco Quispe como su hija, tanto de manera privada como ante instituciones administrativas (Municipalidad Provincial de Puno)

> e imprecisión sobre la manera cómo la demandada lo habría engañado, tampoco hay medio probatorio que respalde su dicho; por el contrario, lo que se observa es la actitud de un profesional, mayor de edad, que tiene una relación amorosa y convivencial con la demandada, que libre y conscientemente acepta reconocer a la menor Roshelyn Soncco Quispe, y que a lo largo de sus años ha tenido el status familiar de hija del demandante (identidad dinámica).

Finalmente, en todos los casos se preservó la faceta dinámica de la identidad filiatoria, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento. De los casos analizados, se comprueba que el Supremo Tribunal ha utilizado idénticos argumentos para la aplicación de los artículos 399 (la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento) y 400 (caducidad de la acción) del Código Civil y, con ello, la preservación de la faceta dinámica de la identidad filiatoria, basado en lo siguiente:

> En esa perspectiva, no puede dejar de merituarse que la voluntad de reconocer a un menor es plena y que de manera libre se aceptó la paternidad con las consecuencias que ello acarrea. Para casos como estos resulta de aplicación los artículos 399 y 400 del Código Civil, dado que interesa tanto al Estado (que necesita saber con certeza la identidad de un persona) como al menor y su familia (que han labrado su identidad dinámica con la certeza de conocer al padre), que haya un punto de cierre para la impugnación de la paternidad, pues amparar razonablemente analizando el caso concreto demandas que no se sujeten a estas consideraciones, significaría que los tribunales de justicia fomenten impugnaciones por motivos irrelevantes, generando un estado de incertidumbre sobre la identidad de las personas. (Casación n.° 1622-2016 Puno)

Es verdad que, en algunos casos, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad

legal, pero para que ello proceda deben existir situaciones especiales límites que el juez debe analizar de forma rigurosa a fin de fundamentar las razones que permitan desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional. Ello no ocurre aquí, pues, como se ha señalado, la demanda ha sido planteada de manera imprecisa que el demandante no explicita, después de más de catorce años de nacimiento de su hija y en circunstancias en que el demandante no acredita que su voluntad haya estado viciada en el momento en que aceptó la paternidad que ahora pretende negar (Casacion n.° 3456-2016 Lima).

En esta medida, las normas cuya infracción se denuncian (artículos 399 y 400 del Código Civil) y que establecen una clara limitación para el ejercicio de la impugnación del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, no resultarían opuestos al derecho a la identidad cuando en el proceso no se logre identificar al verdadero padre biológico y simplemente se opte por excluir el apellido del padre que lo reconoció. *Contrario sensu*, cuando se ha logrado identificar plenamente el real origen biológico, la aplicación de las normas referidas si resultarían opuestas al derecho a la identidad de una persona (Casación n.º 1622-2015 Arequipa).

El segundo grupo, aquellos casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria, con la concurrencia de dos presuntos padres, se aprecia en la tabla 6.

Las circunstancias expuestas en la tabla 6 evidencian los elementos del caso para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: a) impugnación de paternidad matrimonial por un tercero, importando una reclamación de la paternidad extramatrimonial por el demandante, b) existencia del vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y la menor, y c) existencia de posesión de estado de familia entre el demandado (padre afectivo) con la menor.

Tabla 6

Caso en el que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria, con la concurrencia de dos presuntos padres

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casación n.º 950-2016 Arequipa	Joel Eduardo Vilca Flores (demandante) Luis Alberto Medina Vega (demandado) Fiorella Kathy Medina Sánchez (demandado)	Con la prueba de ADN se acreditó que el demandante es el progenitor biológico de la hija extramatrimonial de una mujer casada. Por esta condición, no pudo realizar el reconocimiento; siendo el marido de la madre el que asumió la condición de padre legal, por la presunción de paternidad, y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandado y la hija por más de nueve años desde el nacimiento, siendo el padre biológico un desconocido para ella. Preservación de la identidad, en tanto que se ha demostrado la identidad filiatoria de la niña, en su faceta dinámica que denota fehacientemente dicho estado de familia.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

Nota. Elaboración propia

En lo que se refiere a la legitimidad para impugnar la paternidad, por tratarse de la impugnación de paternidad del hijo de una mujer casada, para admitir que el demandante tiene legitimidad para cuestionar la paternidad matrimonial las instancias de mérito tuvieron que recurrir al control de constitucionalidad del artículo 396 del Código Civil que solo lo autorizan cuando el marido la hubiera impugnado y obtenido sentencia favorable. Como tal circunstancia no concurre en el presente caso, se las considera normas que restringen ilegítimamente el pleno ejercicio del derecho a la identidad. Por ello, se precisó que toda persona tiene derecho «para reclamar la determinación de su filiación o impugnarla, en todo momento, sobre la base de la prueba del vínculo biológico entre progenitor y el hijo o hija, como ha ocurrido en el caso de autos».

Sin embargo, el Supremo Tribunal considera que en este caso «la titularidad de la acción o el interés del demandante se pretende hacer valer en relación a la identidad dinámica determinada de la niña Fiorella Kathy Medina Sánchez, la que prevalece en concordancia con el interés superior del niño». Para llegar a esta conclusión, se resalta la mayor importancia de la faceta dinámica frente a la faceta estática de la identidad filiatoria:

> el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y a un estado civil) y el dinámico, más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente que se conocen quienes son los padres que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; así, el conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás; en consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano.

Por lo mismo, si bien con la prueba de ADN se acreditó el vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y la menor, el Supremo Tribunal privilegió la posesión de estado de familia entre el demandado (padre afectivo) que evidencia la faceta dinámica de la identidad filiatoria de la menor; en el que se precisó que ello no fue tomado en cuenta por las instancias de mérito y que quedó demostrada con el informe social, la evaluación psicológica y la opinión de la menor, así:

Quinto.- Bajo este contexto normativo nacional, supranacional, doctrinario y jurisprudencial, se advierte que en el presente caso, no se ha tomado en cuenta la identidad dinámica que se ha configurado en la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez, como se desprende del informe social de fojas trescientos noventa y uno en cuyas apreciaciones se señala «La menor se encuentra en aparente buen estado de salud, refiere sentirse bien con su papá Luis y sus hermanos, con quienes mantiene una buena relación, manifiesta su deseo de permanecer junto a su familia con la cual está viviendo actualmente» así como del examen psicológico de fojas quinientos diez, en cuyas conclusiones se indica: «A nivel emocional se observa que muestra afecto e identificación a padre y hermanos, con una dinámica familiar adecuada», a lo que se aúna que don Luis Alberto Medina Vega al absolver la demanda en todo momento ha expresado afecto y vinculo paterno filial con quien siempre ha considerado y criado como una hija.

Sexto. - De igual forma se advierte de la propia declaración de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez obrante a fojas doscientos setenta y cinco, quien manifestó lo siguiente:

[…] que vive con sus hermanos ellos son cuatro […] todos sus hermanos y la cuidan bien y también vive con su papá Luis Alberto y también le da cariño, amor […]; ¿Conoces a Joel Vilca? Que sí lo conoce que le pegaba a su madre y se iba y la dejaba a ella sola encerrada; ¿Te gusta apellidarte Medina? sí, porque ella es Medina porque Sánchez es de su mamá y Medina es de su papá Alberto; […] ¿Qué sientes por tu papá Luis Alberto? Que la cuida que por ejemplo ha estado mal de un ojo y la ha hecho revisar con un médico y la hizo ver […] ¿Cómo te conocen en el colegio? Que la conocen bien; que cuando la llaman en la lista Fiorella Kathy Medina Sánchez; ¿Si fuera que tu papá es el señor Joel Eduardo, te gustaría cambiarte de apellido? Contesta que no. […].

De la declaración glosada, se infiere que la noción de familia de la adolescente se vincula exclusivamente con don Luis Alberto Medina Vega y sus hermanos Anthony, Bayron, Marcela y Luis Alberto; que la adolescente socialmente se encuentra identificada con su apellido paterno «Medina».

11. Negación de la multiparentalidad en los pronunciamientos judiciales

En tres de los casos analizados concurren dos presuntos padres (biológico y afectivo) en la disputa de paternidades, en los que se impuso la biparentalidad como solución; privilegiando, en dos de ellos, la faceta estática y, en uno de ellos, la faceta dinámica de la identidad filiatoria. Así se aprecia en la tabla siguiente:

Tabla 7
Casos de disputa de paternidades por naturaleza, con la concurrencia de dos presuntos padres, en los que se desconsideró la multiparentalidad

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casación n.º 04976-2017 Lima	César Humberto Moran Murga (demandante) Carlos Alberto Zegarra Cuba (demandado) Roxana Pierinna Oviedo Bedoya (demandado)	Se acreditó que el demandante es el progenitor biológico del menor, quien lleva el apellido del demandado que lo reconoció y a quien el menor reputa como su padre. No obstante que ambos padres, el biológico y el afectivo, se han encargado de las necesidades y atenciones del niño, se considera conveniente para el menor que su identidad dinámica coincida con su identidad biológica y que el juez debe atender a lo que más favorezca al menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casación n.º 2726-2012 del Santa	Nolberto Hugo Roca Maza (demandante) Teodoro Arturo Guerrero Alvarado (demandado) Eva Elvira Cárdenas Rosales (demandado)	Se acreditó que el demandante es el progenitor biológico de la hija extramatrimonial de una mujer casada. El marido de la madre asumió la condición de padre legal y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003 en que se produce la separación conyugal. Por otro lado, desde el año 2003, el demandante y la madre inician una convivencia en compañía de la menor; quien identifica como su padre al demandante. Ambos padres, el biológico y el afectivo, se han encargado de las necesidades y atenciones del niño, en periodos distintos de su vida. Se considera acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatorio.
Casación n.º 950-2016 Arequipa	Joel Eduardo Vilca Flores (demandante) Luis Alberto Medina Vega (demandado) Fiorella Kathy Medina Sánchez (demandado)	Con la prueba de ADN se acreditó que el demandante es el progenitor biológico de la hija extramatrimonial de una mujer casada. Por esta condición, no pudo realizar el reconocimiento; siendo el marido de la madre el que asumió la condición de padre legal, por la presunción de paternidad, y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandado y la hija por más de nueve años desde el nacimiento, siendo el padre biológico un desconocido para ella. Preservación de la identidad, en tanto que se ha demostrado la identidad filiatoria de la niña, en su faceta dinámica que denota fehacientemente dicho estado de familia.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético, si existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

Nota. Elaboración propia

En la Casación n.º 04976-2017 Lima resulta importante destacar el trato familiar que sostenía el menor con ambos padres, biológico y afectivo; quien, en la entrevista sostenida con el juzgado, «manifestó que su papá se llama "Carlos Zegarra Oviedo" (sic), así como que sí conoce a César Humberto Morán Murga y que este lo visita». Esto pudo haber permitido al Supremo Tribunal estimar la multiparentalidad presente y disponer normas de conducta a las partes para su afianzamiento, en aras de promover el interés superior del menor. Sin embargo, no fue valorado de esta manera por las incongruentes actuaciones de las partes, quienes tampoco tenían conciencia de su presencia; por lo que, se resolvió por la biparentalidad, privilegiando la faceta estática, por percibir que ello es favorable al interés superior del niño del caso. Así se expone:

> **Octavo.** En ese sentido, a fin de absolver las impugnaciones es necesario señalar lo siguiente:
>
> 1. El menor fue reconocido por el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba, por lo que lleva su apellido paterno, conforme se advierte de la partida de nacimiento de la página diecisiete.
> 2. En el escrito de absolución de la demanda, el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba ha señalado que la madre del menor le hizo creer que era su hijo y bajo esa creencia fue que efectuó el reconocimiento.
> 3. El demandante César Humberto Moran Murga, impugna el reconocimiento realizado por el codemandado y acredita ser el padre biológico del menor con la prueba de ADN de la página cuatro.
> 4. En un principio la codemandada Roxana Pierinna Oviedo Bedoya (madre del menor) estuvo de acuerdo en que se esclarezca la identidad del menor, siendo que en su escrito de contestación de la demanda (página ciento cincuenta y cuatro) refirió expresamente:
>
> Que, es necesario señalar que desde el mes de abril del año 2012, fecha en la que se tenía certeza que el demandante era el

padre del menor, este ha estado haciéndose cargo de los alimentos del niño y ha estado ejerciendo de facto su derecho de visitas.

Luego, agregó: «Que, la suscrita también tiene conocimiento que el demandado desea aclarar la paternidad del menor y renunciar a la misma y yo estoy de acuerdo con esa decisión».

5. En ese mismo sentido el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba, en su escrito de absolución de la demanda (página ciento treinta y siete) señaló: «Que, es cierto que con el fin de no perjudicar a S. es que se desea que se esclarezca el vínculo paterno filial del menor»; y, más adelante: «Que efectivamente desea que se aclare la paternidad y que su judicatura acepte la negación de reconocimiento con el fin que el demandante pueda ser legalmente el padre de S.».

6. Hay que añadir aquí que el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba recibió una compensación por parte del demandante, por la suma de cuarenta y dos mil ciento setenta y cuatro soles (S/42 174) (página doscientos siete), lo que evidencia, conjuntamente con la reconvención presentada, en la que pide una indemnización, que no se siente el padre del menor.

7. En la continuación de la audiencia de pruebas realizada el 30 de octubre de 2014 (página trescientos dieciocho), la codemandada en su declaración de parte ante la pregunta ¿Si en algún momento usted le dijo a su menor hijo que su padre era César Humberto Moran Murga? Respondió: «Sí, aproximadamente en el año mayo de 2012».

Noveno. De lo antes señalado se aprecia claramente que los codemandados tienen una idea de identidad que se amolda según su estado de ánimo, por cuanto para ellos en un inicio lo mejor para el niño era ser reconocido por su padre biológico y ahora ya no están de acuerdo con ello; empero, ello no puede ser permitido por las instancias jurisdiccionales justamente en aras del interés superior del niño que los recurrentes ahora propugnan.

Décimo. Lo que se debe salvaguardar es el derecho del menor de identificarse con el apellido paterno que le corresponde, esto es, con el apellido de su padre biológico y si bien el menor a la fecha se

ha venido identificando con el apellido del codemandado, ello ha sido por las decisiones tomadas por los mismos codemandados, quienes han permitido que se siga manteniendo dicha situación, pese a haber aceptado en un inicio el esclarecimiento de la identidad del menor cuando este aún no tenía dos años de edad. Siendo más bien que la conducta de los codemandados es la que ha puesto en peligro el estado emocional del menor, ya que por un lado la madre del menor le señaló que el demandante es su padre, habiendo permitido que conviva con él en las visitas que realizaba y por otro ha permitido que siga manteniendo una relación paternal con el codemandado, lo que sin lugar a dudas trae confusión al menor.

Décimo primero. En ese sentido, los demandados son los que distorsionan la identidad del menor y a fin de no seguir causándole mayor perjuicio, y teniendo como base el interés superior de este, se hace necesario que su identidad dinámica (constituida por una conducta de los demandados que le niega su condición de hijo y un comportamiento del demandante por querer asumir la condición de padre que le corresponde) coincida con su identidad biológica, por lo que este Supremo Tribunal coincide con la decisión tomada por la Sala Superior, no advirtiéndose infracción de las normas denunciadas.

Décimo segundo. Respecto a la denuncia de infracción normativa de los artículos 6 y 9 del Código de los Niños y Adolescentes, la recurrente señala que la Sala Superior no ha tomado en cuenta la opinión del menor, quien ha referido que reconoce al codemandado como su padre. En ese aspecto, la denuncia que se hace sobre el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes que regula el derecho a la identidad, ha sido contestada en los acápites precedentes.

Décimo tercero. De otro lado, el artículo 9 del mismo cuerpo normativo, en efecto señala que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente, agregando que se debe tener en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Ahora bien, el niño ha sido escuchado, tal cual se aprecia de la audiencia

complementaria de pruebas de fecha 30 de abril de 2015 (página trescientos sesenta y cuatro), en la cual manifestó que su papá se llama «Carlos Zegarra Oviedo» (sic), así como que sí conoce a César Humberto Morán Murga y que este lo visita. Tal declaración ha sido tomado en cuenta por la Sala Superior, conforme se advierte del considerando nueve de la impugnada, por lo cual se ha cumplido con escuchar al niño y evaluar su dicho; en buena cuenta, que el juez deba atender al menor no significa que tenga que hacer lo que este manifiesta, sino, bajo apreciación razonada y evaluación conjunta de las demás pruebas y situaciones existentes (que han sido señaladas en el considerando octavo de la presente ejecutoria), tome una decisión acorde con el interés superior del niño, lo cual se ha cumplido en la sentencia impugnada; más aún, si tal como ha señalado el menor, sí conoce al demandante y este lo sigue visitando, lo cual inevitablemente genera confusión al menor. En ese sentido, la denuncia deviene en infundada.

Resulta relevante analizar la negación de la multiparentalidad, a fin de dejar sentado que este caso no constituye un precedente negativo para su reconocimiento. En efecto, en el fundamento jurídico décimo de la Casación n.º 04976-2017 Lima se expone que «la madre del menor le señaló que el demandante es su padre, habiendo permitido que conviva con él en las visitas que realizaba y por otro ha permitido que siga manteniendo una relación paternal con el codemandado». Tomando en cuenta ello y la opinión del menor, se confirma la existencia de la multiparentalidad.

Sin embargo, se estimó que tal situación constituye una puesta en peligro del estado emocional del menor y una distorsión a su identidad. Tales afirmaciones deben ser apreciadas dentro del contexto del caso en concreto. Así, las incongruentes actuaciones de las partes —que en un inicio están destinadas a que se «esclarezca la identidad del menor», y luego a que se mantenga la situación preexistente al momento de interponer la demanda— y el hecho que el demandante (padre biológico) pagara una compensación económica al demandado

(padre afectivo) por las atenciones brindadas al menor, permiten afirmar que ni siquiera las mismas partes tenían conciencia de la multiparentalidad presente. Por eso, fue apreciado por el Supremo Tribunal como una situación que crea confusión en el menor titular del derecho a la identidad, perjudicando su superior interés. Ello confirma que este caso no constituye un precedente negativo para el reconocimiento de la multiparentalidad.

De otro lado, en la Casación n.º 2726-2012 del Santa también se comprueba la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo. En efecto, el demandado —marido de la madre y padre afectivo de la menor— asumió la condición de padre legal y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003 en que se produce la separación conyugal; señalando que:

> por mutuo acuerdo iniciaron el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, en el mismo que acordaron la tenencia, alimento y régimen de visitas, culminado el proceso se declaró disuelto el vínculo matrimonial, refiere que salía a pasear con la menor los fines de semana, y la llevaba a la casa donde habita con sus padres y hermanos, e incluso cuando su hija enfermaba salían al médico, concluyendo que la menor ha sido reconocida dentro de la unión conyugal y nunca ha negado ser padre de la menor.
>
> Por otro lado, desde el año 2003, el demandante y la madre inician una convivencia en compañía de la menor; quien, conforme al informe psicológico, identifica como su padre al demandante: «la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso».

De esta manera, el Tribunal Supremo observa que ambos padres, el biológico (el demandante) y el afectivo (el demandado), se han encargado de las necesidades y atenciones de la niña, en periodos distintos de su vida. Sin embargo, el Tribunal Supremo no hace refe-

rencia alguna a lo afirmado por el demandado sobre el cumplimiento del régimen de visitas después de la separación conyugal y que nunca ha negado ser padre de la menor, lo que evidenciaría la existencia de multiparentalidad. Esta negación determina concluir que este caso tampoco constituye un precedente negativo para su reconocimiento.

Es en consideración a la actual posesión constante de estado de familia que sostiene la hija con su padre biológico que en este caso se resuelve a favor de la faceta estática con el propósito que coincida con la faceta dinámica que se viene desplegando en el tiempo. Así, se expone:

> **Décimo cuarto.-** Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de 2003, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación.

En la Casación n.º 950-2016 Arequipa no se comprueba la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo. En efecto, en este caso la posesión constante de estado solo se desarrolló entre el demandado (padre afectivo) y la menor y, en consideración a ello, se resolvió a favor de la faceta dinámica de la identidad filiatoria, siendo el padre biológico un desconocido para ella; por lo que, se optó por la preservación de la identidad. De acuerdo con ello, este caso tampoco constituye un supuesto de multiparentalidad.

12. Existencia de la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales

De acuerdo con lo expuesto, es en la Casación n.° 04976-2017 Lima en la que se comprueba la existencia de elementos configurantes de la multiparentalidad; sin embargo, por sus incongruentes actuaciones, las partes no tuvieron conciencia de ello y, por eso, fue apreciado por el Supremo Tribunal como una situación que crea confusión en el menor —titular del derecho a la identidad—, perjudicando su superior interés. Ello confirma, por un lado, la negación judicial de la multiparentalidad y, por otro, que este caso no constituye un precedente negativo para su reconocimiento.

Lo mismo sucede con la Casación n.° 2726-2012 del Santa en la que se comprueba que ambos padres, el biológico (el demandante) y el afectivo (el demandado), se han encargado de las necesidades y atenciones de la niña, en periodos distintos de su vida. Sin embargo, el Tribunal Supremo no hace referencia alguna a lo afirmado por el demandado sobre el cumplimiento del régimen de visitas después de la separación conyugal y que nunca ha negado ser padre de la menor, lo que evidenciaría la existencia de multiparentalidad. Esta negación determina concluir que este caso tampoco constituye un precedente negativo para su reconocimiento.

Debe recordarse que situaciones de multiparentalidad se van a presentar cuando concurran los elementos siguientes: «a) pessoas que se comportam como pai e mãe e outra pessoa que se comporta como filho; b) convivência familiar; c) estabilidade do relacionamento; e, d) afetividade» (Lóbo, 2008, p. 6).

Conforme a ello, la multiparentalidad surge de la afectividad compartida, de la convivencia familiar, de los cuidados paternofiliales del día a día, del comportamiento asumido en relaciones familiares estables, de conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental de una persona para con otra que no es su hijo biológico.

13. Redefinición de la identidad filiatoria y de la responsabilidad parental desde la multiparentalidad

Como se señaló, para el reconocimiento de la multiparentalidad resulta necesario precisar el contenido y alcances del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos dentro del marco del modelo constitucional y convencional de filiación y de responsabilidad parental de la Constitución Política del Perú de 1993 y de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, pues en la eficacia integradora de este —frente al Código Civil de 1984 que no la regula— se encuentra la fundamentación receptora de la multiparentalidad.

Así, es verdad que el principio binario de la filiación y, consecuentemente, de la responsabilidad parental —según el cual, nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno— encuentra su sustento implícito en la previsión del primer párrafo del artículo 6 de la Constitución Política del Perú de 1993 en alusión al «principio de paternidad y maternidad responsables» y del numeral 1 del artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño en referencia al «principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño». De la expresión «ambos padres» contenida en esta última disposición, se comprueba la clara mención a los dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno, del referido principio binario.

Ahora, siendo que el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos hacen el contenido de la identidad filiatoria conforme al cual, desde el punto de vista estático, está constituida por el dato biológico y, desde el punto de vista dinámico, está constituida por el dato afectivo, resulta evidente que tales facetas deben coincidir en una misma persona respecto de cada vínculo filial, materno o paterno. Sin embargo, cuando no se produce dicha concordancia y cada dimensión de la identidad filiatoria recae en personas diferentes que se relacionan familiarmente con el hijo, sea del lado materno como también del lado paterno, es manifiesto que el enlace filial debe comprenderlas y, al hacerlo, se puede tener más de una persona por el vínculo materno como también por el nexo paterno. Vale decir, que el principio binario no limita la cantidad de integrantes de un vínculo

filial, materno o paterno; por lo que, la multiparentalidad también encuentra su sustento en las mencionadas disposiciones constitucional y convencional.

Siendo así, la multiparentalidad redefine la identidad filiatoria y la responsabilidad parental por ser una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos; lo cual resulta, por tanto, pertinentes los argumentos de su fundamentación, naturaleza, contenido y alcances ya explicados.

14. Determinación del reconocimiento de la multiparentalidad en las relaciones paternofiliales

Ni el principio binario de la filiación ni la multiparentalidad tienen un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico. Su regulación determinará considerar que, si bien «ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales», ello no limita el número de integrantes del nexo materno o paterno cuando se presenten situaciones de multiparentalidad.

La previsión normativa de esta última destaca que lo que garantiza la formación de una persona es el ejercicio de las funciones maternas y paternas y la coexistencia de los vínculos parentales bio lógicos y afectivos que hacen parte de la trayectoria de vida del hijo, por lo que deben ambas preservarse para su desenvolvimiento en la sociedad.

No obstante, en tanto no se produzca su positivización, el interés superior del niño exige preservar el «triángulo afectivo» en el que se encuentra, lo que le resulta más beneficioso. La fórmula judicial, para estas circunstancias, debe ser amplia, realista, de carácter humano, a fin de preservar los afectos cruzados por el hijo que invocan tanto padres biológicos como padres afectivos, por sobre toda afirmación dogmática.

En su organización jurídica debe preverse que los efectos de la multiparentalidad, por ser una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, son los mismos de la biparentalidad en la identidad filiatoria como en la responsabilidad parental, acorde

con el principio de igualdad y no discriminación entre padres biológicos y afectivos y el hijo común.

Así, respecto de la identidad filiatoria importa reconocer la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona, niño, niña o adolescente; como también, en su caso la maternidad biológica y afectiva. Tal reconocimiento debe constar en el registro civil para su eficacia *erga omnes*. Acorde con el principio de igualdad, ello consistirá en inscribir el nombre de los madres o padres biológicos y afectivos, en relación con el vínculo materno y paterno, respectivamente; debiéndose asignar sus apellidos al hijo en común, en el orden que determine la autonomía de la voluntad de sus integrantes. En este caso, resulta trascendente la consideración de los apellidos paternos y maternos en el nombre del hijo en común, en tanto que ello lo identificará como perteneciente a su familia multiparental. Ello se justifica en el *nomen* que es un elemento de la posesión constante de estado de hijo que surge por el uso del apellido paterno y materno; lo que se verá complementado con los otros elementos: el *tractatus*, que está vinculado con el comportamiento del presunto padre de forma tal que haga presumible la voluntad de este de tratarlo como hijo, caracterizado por tres extremos: mantenimiento, educación y colocación en calidad de padre, y, la *fama* o *reputatio*, que es la consideración de tenerlo por hijo, en virtud de ese trato, por los demás miembros de la familia.

El reconocimiento de la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona, niño, niña o adolescente, como también, en su caso la maternidad biológica y afectiva, como elementos integrantes de la identidad filiatoria, también importa admitir el parentesco biológico y afectivo, en las respectivas líneas paternas y maternas y dentro de los alcances de esa institución.

En lo que se refiere a la responsabilidad parental, no hay duda de que la titularidad y su ejercicio corresponden tanto a los padres como a las madres, biológicos y afectivos. Por tanto, les corresponde asumir el conjunto de responsabilidades, derechos y deberes en beneficio del hijo común; ello comprende, por supuesto, los deberes-derechos de «alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos», expresamente aludidos en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú.

Siendo así, debe regir una coparentalidad cooperativa basada en la autonomía de la voluntad y en la coordinación de sus integrantes; ello, en consideración a que la multiparentalidad surge de la afectividad compartida, de la convivencia familiar, de los cuidados paternofiliales del día a día, del comportamiento asumido en relaciones familiares estables, de conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental.

La aludida coparentalidad cooperativa se centra en el interés del hijo común y permite desarrollar los roles complementarios en su proceso de crianza y cuidado. Los padres biológicos y afectivos mantendrán espacios de comunicación y podrán llegar a acuerdos sobre las decisiones sobre el hijo común, evitando el surgimiento de conflictos cotidianos y regulando la conducta del hijo común con límites adecuados.

Contribuirá a dicho propósito la intervención de un coordinador parental que coadyuve en la formulación de un convenio de multiparentalidad que propicie una convivencia familiar adecuada entre los padres biológicos y afectivos con el hijo común, promoviendo el cumplimiento de las responsabilidades parentales bajo el principio de la actuación compartida y tomando en cuenta el interés superior del hijo; tanto para la creación de los vínculos paternofiliales, como la prevención de conflictos de parentalidad.

15. Conclusiones

La revisión de las diez sentencias en casación emitidas por las salas civiles permanente y transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República demuestra la marcada predisposición en las decisiones del Poder Judicial a favor de la biparentalidad; apreciándose la negación de la existencia de la multiparentalidad, en aquellos casos de disputa de paternidades por naturaleza en los que recae en diferentes sujetos la faceta estática y la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

En general, la revisión realizada permite apreciar los criterios judiciales aplicados, considerando las circunstancias de cada caso, para imponer la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de

la identidad filiatoria. La referida solución a los casos de disputa de paternidades por naturaleza es reconocida en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia realizado en Lima los días 3 y 4 de noviembre de 2022, a propósito del «tema 2» sobre la temática de «la identidad dinámica y estática en los procesos de filiación».

La primacía de la faceta estática de la identidad filiatoria encuentra su fundamento en el artículo 7.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño que precisa: «El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos». Conforme a ello, el derecho del niño a conocer a sus padres se vincula con el derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento; por lo que en la partida de nacimiento debe consignarse el nombre de sus verdaderos progenitores, lo que constituye la manifestación concreta del derecho a la identidad. Siendo así, en caso de conflicto entre las facetas estática y dinámica, se debe privilegiar la primera por guardar relación directa con el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En ese sentido, el reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatoria.

De los casos en los que se ha privilegiado la faceta estática de la identidad filiatoria se pueden distinguir dos circunstancias: a) aquellos en los que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de un presunto padre, y b) aquellos en los que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de dos presuntos padres.

En aquellos casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre, se aprecian elementos comunes para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: a) impugnación de paternidad por quien practicó el reconocimiento, b) inexistencia del vínculo biológico entre el demandante y el menor, y c) inexistencia de posesión de estado de familia entre el demandante y el menor. A partir de ellos, se destaca que, como el sistema de protección internacional de los derechos del niño busca de privilegiar la relación jurídica que une al niño con sus padres biológicos, se privilegia la faceta estática

por considerar que ello permitirá la posibilidad de que el hijo pueda entablar una posesión constante de estado de familia con su padre biológico.

En aquellos casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de dos presuntos padres, se aprecian elementos comunes para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: a) impugnación de paternidad de quien practicó el reconocimiento, importando una reclamación de la paternidad por el demandante, b) existencia del vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y el menor, y c) existencia de posesión de estado de familia entre el demandante (padre biológico) y el demandado (padre afectivo) con el menor. Sobre este último elemento, la actual posesión constante de estado de familia que sostiene la hija con su padre biológico determinó que se resuelve a favor de la faceta estática con el propósito que coincida con la faceta dinámica que se viene desplegando en el tiempo.

La primacía de la faceta dinámica de la identidad filiatoria encuentra su fundamento en el artículo 8.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño que precisa: «Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas». Desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares. De acuerdo con ello, para establecer un vínculo jurídico de filiación, el soporte biológico no es siempre una razón suficiente ni tampoco un elemento necesario para su constitución, pues tal relación jurídica es posible que proceda de un acto de voluntad como es el caso de la posesión constante de estado de familia. Es la voluntad, que ha modificado el propio concepto de filiación, la que encamina la solución hacia la protección de una filiación vivida y jurídicamente instituida que hay que preservar frente a la búsqueda de una realidad biológica que la contradice.

De los casos en los que se ha privilegiado la faceta dinámica de la identidad filiatoria se pueden distinguir dos circunstancias: a) aquellas

en las que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de un presunto padre, y b) aquellas en las que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de dos presuntos padres.

En aquellos casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre, se aprecian elementos comunes en todos los casos para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: a) reconocimiento y asunción de la paternidad de un hijo extramatrimonial por parte del demandante, b) impugnación amparada solo en probables supuestos genéticos, c) existencia de posesión constante de estado de familia entre el demandante y el hijo, d) no identificación del verdadero padre biológico, e) actuación de la prueba de ADN, con descarte del vínculo biológico con el demandante, y f) preservación de la identidad dinámica, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento. Punto trascendente es el referido a la no identificación del verdadero padre biológico, lo que se considera perjudicial al interés superior del niño del caso en concreto pues de prosperar la impugnación de paternidad su identidad filiatoria quedará indefinida. Respecto a la actuación de la prueba de ADN, si bien se demostró que el demandante no es el padre biológico de la menor, se destaca la trascendencia que tiene para el hijo la conducta asumida en el tiempo por quien lo reconoció como su padre, generando una posesión constante de estado de familia que es la esencia de la faceta dinámica de la identidad filiatoria. De acuerdo con ello, en todos los casos se preservó la faceta dinámica de la identidad filiatoria, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento.

En aquellos casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria, con la concurrencia de dos presuntos padres, se aprecian elementos comunes para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: a) impugnación de paternidad matrimonial por un tercero, importando una reclamación de la paternidad extramatrimonial por el demandante, b) existencia del vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y la menor, y c) existencia de posesión de estado de familia entre el demandado (padre afectivo) con la menor. En estos casos, se resalta la mayor

importancia de la faceta dinámica frente a la faceta estática de la identidad filiatoria. Por lo mismo, si bien con la prueba de ADN se acreditó el vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y la menor, se privilegió la posesión de estado de familia entre el demandado (padre afectivo) que evidencia la faceta dinámica de la identidad filiatoria de la menor.

En aquellos casos de disputa de paternidades por naturaleza en los que recae en diferentes sujetos la faceta estática y la faceta dinámica de la identidad filiatoria, se desconsideró la existencia de la multiparentalidad y se impuso la biparentalidad como solución; mediante el cual se privilegió en dos de ellos la faceta estática y, en uno de ellos, la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

En la Casación n.º 04976-2017 Lima resulta importante destacar el trato familiar que sostenía el menor con ambos padres, biológico y afectivo. Esto pudo haber permitido al Supremo Tribunal estimar la multiparentalidad presente y disponer normas de conducta a las partes para su afianzamiento, en aras de promover el interés superior del menor. Sin embargo, no fue valorado de esta manera por las incongruentes actuaciones de las partes, quienes tampoco tenían conciencia de su presencia; por lo que se resolvió por la biparentalidad, privilegiando la faceta estática, por percibir que ello es favorable al interés superior del niño del caso. Así, la multiparentalidad fue desconsiderada, sin que ello constituya un precedente negativo para su reconocimiento.

En la Casación n.º 2726-2012 del Santa también se comprueba la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo. El demandado —marido de la madre y padre afectivo de la menor— asumió la condición de padre legal y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003 en que se produce la separación conyugal. Por otro lado, desde el año 2003, el demandante y la madre inician una convivencia en compañía de la menor quien, conforme al informe psicológico, identifica como su padre al demandante. De esta manera, el Tribunal Supremo observa que ambos padres, el biológico (el demandante) y el afectivo (el demandado), se han encargado de las necesidades y atenciones de la niña

en periodos distintos de su vida. Sin embargo, el Tribunal Supremo no hace referencia alguna a lo afirmado por el demandado sobre el cumplimiento del régimen de visitas después de la separación conyugal y que nunca ha negado ser padre de la menor. Por eso, en consideración a la actual posesión constante de estado de familia que sostiene la hija con su padre biológico, en este caso se resuelve a favor de la faceta estática con el propósito que coincida con la faceta dinámica que se viene desplegando en el tiempo. No obstante que la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo, evidenciaría la existencia de multiparentalidad, su negación determina concluir que este caso tampoco constituye un precedente negativo para su reconocimiento.

En la Casación n.º 950-2016 Arequipa no se comprueba la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo. En efecto, en este caso la posesión constante de estado solo se desarrolló entre el demandado (padre afectivo) y la menor y, en consideración a ello, se resolvió a favor de la faceta dinámica de la identidad filiatoria, siendo el padre biológico un desconocido para ella; por lo que se optó por la preservación de la identidad. De acuerdo con ello, este caso tampoco constituye un supuesto de multiparentalidad.

Ni el principio binario de la filiación ni la multiparentalidad tienen un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, en tanto no se produzca su positivización en el Código Civil, se recomienda al Poder Judicial considerar en la solución de los casos que se pongan en su conocimiento que el interés superior del niño exige preservar el «triángulo afectivo» en el que se encuentra, lo que le resulta más beneficioso. La fórmula judicial para estas circunstancias debe ser amplia, realista, de carácter humano, a fin de preservar los afectos cruzados por el hijo que invocan tanto padres biológicos como padres afectivos, por sobre toda afirmación dogmática.

En la decisión judicial debe preverse que los efectos de la multiparentalidad, por ser una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, son los mismos de la biparentalidad en la identidad filiatoria como en la responsabilidad parental, acorde con el principio de igualdad y no discriminación entre padres biológicos y afectivos y el hijo común.

Respecto de la identidad filiatoria importa reconocer la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona, niño, niña o adolescente; como también, en su caso la maternidad biológica y afectiva. Tal reconocimiento debe constar en el registro civil para su eficacia *erga omnes*; por lo que se debe ordenar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil que cumpla con la inscripción en la partida de nacimiento del niño, niña o adolescente. Acorde con el principio de igualdad, ello consistirá en inscribir el nombre de los madres o padres biológicos y afectivos, en relación con el vínculo materno y paterno, respectivamente; debiéndose asignar sus apellidos al hijo en común, en el orden que determine la autonomía de la voluntad de sus integrantes. En este caso, resulta trascendente la consideración de los apellidos paternos y maternos en el nombre del hijo en común, en tanto que ello lo identificará como perteneciente a su familia multiparental. Esto se justifica en el *nomen* que es un elemento de la posesión constante de estado de hijo que surge por el uso del apellido paterno y materno; lo que se verá complementado con los otros elementos: el *tractatus*, que está vinculado con el comportamiento del presunto padre de forma tal que haga presumible la voluntad de este de tratarlo como hijo, caracterizado por tres extremos: mantenimiento, educación y colocación en calidad de padre, y, la *fama* o *reputatio*, que es la consideración de tenerlo por hijo, en virtud de ese trato, por los demás miembros de la familia.

El reconocimiento de la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona —niño, niña o adolescente— como también, en su caso la maternidad biológica y afectiva, como elementos integrantes de la identidad filiatoria, también importa admitir el parentesco biológico y afectivo en las respectivas líneas paternas y maternas y dentro de los alcances de esa institución.

En lo que se refiere a la responsabilidad parental, debe declararse que la titularidad y su ejercicio corresponden tanto a los padres como a las madres, biológicos y afectivos. Por tanto, debe disponerse la asunción conjunta de las responsabilidades, derechos y deberes en beneficio del hijo común; ello comprende, por supuesto, los deberes-derechos de «alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos», expresamente aludidos en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú.

Debe establecerse un régimen de coparentalidad cooperativa basada en la autonomía de la voluntad y en la coordinación de sus integrantes; ello, en consideración a que la multiparentalidad surge de la afectividad compartida, de la convivencia familiar, de los cuidados paternofiliales del día a día, del comportamiento asumido en relaciones familiares estables, de conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental.

El aludido régimen de coparentalidad cooperativa se centra en el interés del hijo común y permite desarrollar los roles complementarios en su proceso de crianza y cuidado. Los padres biológicos y afectivos mantendrán espacios de comunicación y podrán llegar a acuerdos sobre las decisiones sobre el hijo común, evitando el surgimiento de conflictos cotidianos y regulando la conducta del hijo común con límites adecuados.

Referencias

Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Arce, J. (1986). *El derecho civil constitucional*. Civitas.

Asamblea General de la ONU (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25. Nueva York: 20 de noviembre de 1989. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child

Assessoria de Comunicação do IBDFAM (16 de mayo de 2014). Justiça gaúcha reconhece o direito de criança ter dois pais no registro de nascimento. *Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)*. https://ibdfam.org.br/noticias/5306/Justi%C3%A7a+ga%C3%BAcha+reconhece+o+direito+de+crian%C3%A7a+ter+dois+pais+no+registro+de+nascimento

Balaguer, M. (1997). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Tecnos.

BBC Mundo (13 de septiembre de 2016). Mateo y Liam: la historia de los bebés intercambiados al nacer que volverán con sus padres en Perú. *BBC News Mundo*. https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37355741

Casación n.º 2726-2012 del Santa. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (17 de julio de 2013).

Casación n.º 3797-2012 Arequipa. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (18 de junio de 2013).

Casación n.º 1622-2015 Arequipa. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (3 de mayo de 2016).

Casación n.º 950-2016 Arequipa. Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República (29 de noviembre de 2016).

Casación n.º 1622-2016 Puno. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (22 de junio de 2017).

Casación n.º 4430-2015 Huaura. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (4 de septiembre de 2017).

Casación n.º 4976-2017 Lima. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República (20 de noviembre de 2018).

Casación n.º 2151-2016 Junín. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (8 de enero de 2018).

Casación n.º 2236-2017 Lambayeque. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (24 de abril de 2018).

Casación n.º 4976-2017 Lima. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (20 de noviembre de 2018).

Casación n.º 3456-2016 Lima. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (16 de julio de 2021).

Centro de Investigaciones Judiciales (2022). Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia. Lima 3 y 4 de noviembre de 2022. Poder Judicial del Perú.

Código Civil y Comercial de la Nación (2014). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

Constitución Política del Perú (1993). Diario Oficial El Peruano.

Crespo, E. (27 de marzo de 2018). Coordinador parental en Cataluña. *Crespo Law Abogados de Familia*. https://www.elenacrespolorenzo.com/es/coordinador-parental-en-cataluna/

Dias, M. (2017). *Manual de Direito das Famílias*. Editora Revista dos Tribunais.

Expediente n.º 659/17. Poder Judicial de Tucumán (7 de febrero de 2020). http://www.saij.gob.ar/FA20240001

Expediente 00047-2004-AI. Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional (24 de abril de 2006).

Expediente 00686-2016-0-0401-JR-FT-02. Segundo Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (16 de septiembre de 2016).

Famá, M. (2011). *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo Perrot.

Fernández, C. (1992). *El derecho a la identidad personal*. Astrea.

Fernández, F. (1994). *La dogmática de los derechos humanos*. Ediciones Jurídicas.

García, E. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas.

Grosman, C. (2014). Artículos 672 a 676. En A. Kemelmajer, M. Herrera y N. Lloveras (dir.), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comnercial de 2014* (pp. 219-291) (Tomo IV). Rubinzal-Culzoni.

Grosman, C. y Martínez, I. (2000). *Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio: Ley y creencia. Problemas y soluciones legales*. Universidad.

Herrera, M. (2008). *El derecho a la identidad en la adopción* (Tomo I). Universidad.

Herrera, M. y Lamm, E. (2014). Artículos 558 a 593. En A. Kemelmajer, M. Herrera y N. Lloveras (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*

según el Código Civil y Comercial de 2014 (pp. 395-892) (Tomo II). Rubinzal-Culzoni.

Justicia TV (21 de septiembre de 2016). Juez logró que bebés cambiados en hospital vuelvan con padres biológicos. *Justicia TV Poder Judicial del Perú*. https://justiciatv.pj.gob.pe/juez-logro-que-bebes-cambiados-en-hospital-vuelvan-con-padres-biologicos/

Kemelmajer, A. (2014). Capítulo introductorio. En A. Kemelmajer, M. Herrera y N. Lloveras (dir.), *Tratado de Derecho de Familia* (pp. 9-94) (Tomo I). Rubinzal Culzoni.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. *Boletín Oficial del Estado* (21 de agosto de 2010). https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-13312-consolidado.pdf

Madaleno, R. (2017). *Direito de Família*. Forense.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2015). *Decreto Legislativo n.º 295. Código Civil* (16.ª ed.). https://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Codigo-Civil.pdf

Mizrahi, M. (2006). *Familia, matrimonio y divorcio*. Editorial Astrea.

Organización de Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf

Pandey, G. (23 de enero de 2018). La sorprendente historia de los padres cuyos hijos fueron cambiados al nacer y se niegan a remediar el error. *BBC News Mundo*. https://www.bbc.com/mundo/noticias-42789650

Plácido, V. (2005). «Creditur virgini pregnanti», volviendo al ancien droit: A propósito de la Ley n.º 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. *Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica*, n.º 134, 29-52.

Plácido, V. (2015). *Manual de derecho de los niños, niñas y adolescentes*. Instituto Pacífico.

Plácido V., A. (2018). *Identidad filiatoria y responsabilidad parental*. Instituto Pacífico.

Recurso Extraordinário 898.060 São Paulo. Supremo Tribunal Federal do Brasil (21 de setembro de 2016). https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf

Recurso Extraordinário 898.060 Santa Catarina. Supremo Tribunal Federal do Brasil (21 de setembro de 2016). https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919

Universidad Nacional del Sur (2015). xxv Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Conclusiones Comisión 6, Familia: «Identidad y filiación». Bahía Blanca. https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf

Villela, J. (1979). A desbiologizacao da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, (21), 400-418.

Avances y desafíos sobre la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes: a 35 años de la Convención sobre los Derechos del Niño

Graciela Tagle de Ferreyra
Red Internacional de Jueces de
La Haya de la República Argentina, Argentina
gtagle@justiciacordoba.gob.ar

1. Introducción

La globalización es un proceso continuo que ha evolucionado a lo largo de los siglos, impulsado por la exploración, el comercio, la industria, la política y la tecnología. Este proceso que ubicamos a finales del siglo xx con la revolución digital, la creación de Internet y las tecnologías de la información y comunicación, ha jugado un papel crucial en la era contemporánea. En este marco la CDN ha sido fundamental para visibilizar los derechos del niño a nivel mundial. La República Argentina incorporó la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en su legislación mediante la Ley n.º 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada el 16 de octubre del mismo año. Posteriormente, en 1994 la Convención fue elevada a rango constitucional a través de la reforma de la Constitución de la Nación Argentina, incorporándose en el artículo 75, inciso 22 los tratados de derechos humanos con jerarquía superior a las leyes, no derogan artículo alguno y se entienden complementarios a los derechos y garantías en ella reconocidos. Entre los tratados incorporados encontramos la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica,

la CDN, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de discriminación contra la mujer entre otras no menos importantes.

Antes de la Convención, los derechos de los niños no eran una prioridad en la agenda internacional. La CDN ha establecido un marco integral que reconoce a los niños como sujetos de derechos, con voz y capacidad para participar en decisiones que los vinculen. Precisamente, a partir de este nuevo paradigma —que pone el foco en el interés superior del niño—, uno de los avances más importantes que destacamos es el reconocimiento del derecho de los niños a expresar libremente sus opiniones y participar activamente en todo proceso judicial que los afecte, de acuerdo con su edad y grado de madurez. Este derecho a expresarse ha sido clave para fomentar la participación infantil en diversos ámbitos, acompañado de la necesidad de establecer indicadores específicos para monitorear el impacto en la implementación de la CDN. Si seguimos avanzando en el tiempo, treinta y cinco años atrás, también reconocemos nuevos desafíos que afectan a los niños, como lo son las tecnologías digitales de la comunicación y de la información (TIC). La CDN ha sido una plataforma para la discusión y acción sobre estos temas emergentes, adaptando sus principios a los contextos contemporáneos. Ello no ha sido indiferente en la legislación nacional e internacional. Muchos países han adaptado sus legislaciones nacionales para alinearse con los principios de la CDN incluyendo la implementación de leyes que protegen a los niños contra el abuso, la violencia doméstica, la explotación y el maltrato infantil. También, se han creado organismos y mecanismos específicos para supervisar y promover los derechos del niño como acciones para ejercitar tales derechos en caso de que la ley aplicable resulte violatoria de los mismos.

2. Convención sobre los Derechos del Niño

La incorporación de la CDN como hemos dicho, ha tenido un impacto significativo en varios aspectos de la vida y los derechos de los niños en Argentina. Trajo consigo diversas reformas legales tanto sustantivas

como formales para alinear su legislación con los principios de la CDN. La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley n.º 26.061) fue promulgada en 2005 y establece un sistema integral de promoción y protección de los derechos de los niños, reemplazando el antiguo régimen tutelar. Asimismo, cambios tan trascendentes dispararon la necesidad de reformar el Código Civil y Comercial de la Nación. Su reforma se centra en el fortalecimiento de los derechos de los NNA en consonancia con la CDN, incluyendo cambios y disposiciones específicas en la responsabilidad parental. De otro lado, impulsa políticas públicas que buscan garantizar el acceso universal a la salud y la educación, programas de salud infantil que han reducido la mortalidad infantil y han mejorado en la nutrición y acceso a servicios de salud como también programas de educación que aseguran que todos los niños tengan acceso a la educación primaria y secundaria. Por último, y no menos importante, la protección de los NNA contra la violencia y el abuso diseñado mediante políticas y programas específicos para proteger a los niños contra la violencia, el abuso y la explotación infantil establece líneas de denuncia y apoyo como el Programa Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil y la capacitación de profesionales en las áreas de educación, salud y justicia para identificar y actuar ante casos de abuso y maltrato.

3. Artículo 11 CDN: la sustracción internacional de niños y sus consecuencias jurídicas y los avances y desafíos a la luz de la CDN

La CDN nos insta a lo largo de su articulado a desarrollar la cooperación jurídica internacional mediante acuerdos internacionales. Precisamente, en el artículo 11 refiere al derecho de los niños a no ser trasladados o retenidos ilícitamente por uno de sus progenitores en un estado contratante, lo que acontece cuando se da la sustracción internacional de niños; en el artículo 21 dispone sobre la adopción internacional respecto de la cual nuestro país ha efectuado reserva; en el artículo 27 a la obtención de alimentos en el plano internacional; en

el artículo 34 al abuso infantil y la explotación sexual y en el artículo 35 al secuestro, venta o trata de personas menores de edad. El tema a desarrollar son los cambios que se han producido en la materia «restitución internacional de niños» a lo largo de estos treinta y cinco años, partiendo de reconocer que el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños data de 1980 y la CDN del año 1989 y, por ello, toma como bandera la lucha contra los traslados y retenciones ilícitas de los niños en el extranjero, y para ese fin, señala «los Estados partes promoverán acuerdos bilaterales, o multilaterales o la adhesión a acuerdos preexistentes». Podríamos sostener sin equivocarnos que la Convención minoril enarbola la protección de los niños contra el traslado ilícito y la retención ilícita de los niños e insta a los Estados a promover acuerdos. Vale decir que la CDN ya reconocía este flagelo y la necesidad de luchar contra él. La finalidad de esta convención es precisamente garantizar la inmediata restitución de los menores de dieciséis años trasladados o retenidos ilícitamente a los fines que las autoridades del país de la residencia habitual resuelvan la cuestión de fondo, atinente a la custodia y la comunicación o contacto transfronterizo. La finalidad secundaria es la de velar para que los derechos de custodia y visitas vigentes en un Estado se respeten en los demás Estados contratantes. ¿Cómo se configura la sustracción internacional? Son dos las maneras: a través del traslado ilícito o la retención indebida. El primero se produce cuando alguno de los padres traslada al extranjero al niño sin autorización de viaje (en los casos que esta resultara necesaria) y la segunda cuando el niño sale del país legalmente, pero en lugar de regresar a su residencia habitual se lo retiene en el extranjero violando los derechos de custodia de una persona o institución. Este acto ilícito *ab initio* vulnera derechos y principios consagrados en la CDN. Entre ellos el primero y esencial es el principio del interés superior del niño y de allí podríamos decir que resultan la violación de otros derechos como lo es el derecho a no ser separado de sus padres, el derecho a mantener contacto con ambos progenitores, el derecho a crecer en el seno de una familia, el derecho a la identidad, el derecho a ser oído, el derecho a la salud, a la educación (Convención sobre los Derechos del

Niño, 1989, artículo 9 inciso 1, 2 y 3; artículo 11 y 18). También, en caso de iniciar una solicitud de restitución internacional puede resultar afectado el derecho al debido proceso legal. Vamos a centrarnos en tres principios a la luz de la Convención de 1980 y la CDN. Estos son: el principio del interés superior del niño, el derecho del niño a ser oído y el principio de celeridad.

4. Interés superior del niño

Partimos de considerar al interés superior del niño como «versátil», un concepto capaz de adaptarse con facilidad y rapidez a diversas funciones y ello no escapa a la restitución internacional de niños. Los Estados signatarios del Convenio de La Haya de 1980 (en adelante CH), convencidos de que «los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia y con el deseo de proteger al niño en el plano internacional de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o retención ilícita es que han elaborado el convenio» (CH, 1980, preámbulo). Y en ello encuentra armonización y complementación lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 3, 9 y 11). Es así que el interés superior del niño es un principio rector a considerar en todo proceso de restitución internacional de menores y se relaciona con su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. Es dable reconocer que en esta materia el interés superior del niño debe ser entendido como el derecho del niño a no ser trasladado o retenido ilícitamente, a que se dilucide ante el juez de la residencia habitual sobre su guarda o custodia, a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución sobre la solicitud de restitución o visita internacional. Esta conceptualización que trae la Ley Modelo Interamericana, orienta y ayuda a la interpretación y tiene como característica ser dinámica. En sintonía con el Protocolo de actuación para el funcionamiento de los Convenios de sustracción internacional de niños lo contempla como un principio rector e interpretativo, integrado, entre otros, por el derecho a obtener una rápida resolución

del pedido de retorno. Ahora bien, en caso de que se oponga y pruebe algún supuesto de excepción de los establecidos en los convenios restitutorios y que se comprobare que para el retorno del niño no existen medidas de protección en el Estado de residencia habitual, teniendo en consideración este principio y con fundamento en las excepciones que el propio convenio prevé, deberá rechazarse la solicitud (CH, 1980, artículos 13 y 20). Ello en virtud toda sustracción supone, en principio, una violación a los derechos de los niños y, consecuentemente, los convenios restitutorios se armonizan y complementan con la Convención sobre los Derechos del Niño. Es así que se parte de la presunción que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* alterado por el desplazamiento o retención ilícita sin perjuicio que dicho principio no debe ser considerado en forma puramente abstracta, sino que su contenido debe determinarse en función de los elementos objetivos y subjetivos propios de cada caso en concreto. Para Grosman «encuadra dentro de las llamadas definiciones marco, es una idea en permanente evolución y transformación. Se trata de un principio flexible, toda vez que permite y exige, en cada caso puntual, calificarlo y redefinirlo de acuerdo a los hechos singulares que lo conforman». Consecuentemente, los jueces, deben adoptar todas las medidas necesarias para la salvaguarda de los derechos del NNA, atendiendo a cada cuestión particular, tomando como elemento rector su interés superior.

Esta obligación genérica de restituir (CH, 1980, artículo 12) cede cuando se demuestra un supuesto de excepción de las establecidas taxativamente en los convenios restitutorios.

De otro lado, en relación al interés superior del niño, como criterio de integración y ante el vacío normativo en el ordenamiento interno, se deberá optar por integrar el derecho de las formas que más lo favorezca. Nos dice Ricardo Pérez Manrique que en los países que no han regulado el procedimiento interno, una correcta aplicación del principio del interés superior del niño en el área de integración normativa es optar por la estructura procesal que permita la resolución más abreviada del caso de restitución.

5. Derecho del niño, niña o adolescente a ser oído

Con la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene como antecedentes importantes tratados internacionales, entre ellos el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, estamos en presencia de la universalización de los derechos de la infancia. Se anuncia una perspectiva nueva para los niños, como resultado de una larga evolución en las relaciones entre el niño, la familia y la sociedad. La primera oportunidad en que encontramos reconocido el derecho del menor a ser oído es en la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada en la Constitución de la Nación Argentina. El derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a ser oídos, a que su opinión sea tenida en cuenta y a participar con asistencia técnica de los procesos que los involucran se inscribe dentro del núcleo fundamental de las garantías procesales de raigambre constitucional-convencional que necesariamente deben observarse a los efectos de satisfacer los estándares internacionales en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. En ella se reconoce al niño como sujeto de derechos y se declara no solo el derecho del menor a ser oído sino también el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en función de su edad y grado de madurez, entre otras disposiciones que constituyen el conjunto de sus libertades fundamentales. Esta disposición es operativa en el derecho interno. Significa que, ratificado el tratado por nuestro país, ingresa al derecho interno de modo directo y automático y en él surten los efectos que prevén sus normas, interpretándolos de buena fe y con lealtad internacional. Ello surge de la redacción del artículo cuando prescribe: «Con tal fin se dará al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial». En el ámbito nacional, la Ley 26061, adecúa los preceptos establecidos en la CDN garantizando los derechos allí consagrados disponiendo garantías mínimas de procedimiento para asegurar el Interés superior del NNA en todo procedimiento. Asimismo, incorpora:

el derecho del niño a ser oído en todo proceso judicial que le concierne, a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión, a ser asistido por letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del proceso, a participar activamente del procedimiento y a recurrir ante el superior así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Así las normas de derecho interno que contraríen esta prerrogativa deben ser consideradas por los jueces inaplicables con fundamento en que resultan violatorias de derechos acordados por tratados internacionales. En consecuencia, cercenar este derecho al niño debe ser interpretado contrario al principio que consagra el libre acceso a la justicia y, por ello, en infracción a normas básicas de jerarquía constitucional. Podemos afirmar que tal postulado se erige como requisito para el ejercicio de todos los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Hoy aparece tan razonable el oír al niño por parte de los jueces antes de decidir sobre sus asuntos, que nos cuesta entender que, años atrás tal postura era considerada una «victimización del menor». Ahora bien, en virtud del principio de capacidad progresiva, los NNA ejercen de manera gradual los derechos que titularizan, lo que supone que dicho principio importa la participación personal de los NNA en la realización y efectivización de sus derechos, atendiendo a su edad y grado de desarrollo madurativo.

En el plano internacional, el artículo 12 de la CDN señala que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez, y que a tal fin se le dará oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Si analizamos los avances y desafíos de la CDN, con la sanción de la Ley 26061 en el año 2005 se regulan los principios, derechos y garantías establecidos

en la Convención minoril, contemplándose este derecho en todo niño, niña o adolescente como uno de los cuatro principios generales de la CDN, junto al derecho a la no discriminación, a la vida y al desarrollo y a la consideración primordial del interés superior del niño. Su observancia no es discrecional, sino que constituye una obligación jurídica de los Estados, que deben garantizar su observancia sistemática en los procesos judiciales, so pena de violar la garantía del debido proceso legal. Va de suyo que el principio de tutela judicial efectiva impide limitar la intervención de los NNA a una simple escucha pasiva. En esta línea de pensamiento, la CSJN ha dicho que, con el objeto de atender primordialmente al interés del niño y con el propósito de que este último sea escuchado con todas las garantías a fin de que pueda hacer efectivos sus derechos, se debe solicitar al juez de la causa que designe un letrado especializado en la materia para que lo patrocine. Con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación que data del año 2015 (es decir ya habían transcurrido diez años desde la ratificación de la CDN, como avance concreto, significativo y de importancia fundamental) se le otorga reconocimiento expreso a este derecho sin perjuicio del reconocimiento implícito y efectividad que ya la sociedad y los tribunales le habían otorgado. Ahí es que se les reconoce a los NNA como sujetos de derecho y no como objeto de protección. Este es un cambio de paradigma que trae consigo la CDN y como avances se proyectan en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación lo que supone un antes y un después en materia de niñez y adolescencia. Esta Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes tiene por objetivo garantizarles el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la nación sea parte. De sus normas surge precisamente la aplicación obligatoria, en las condiciones de su vigencia, de la CDN en territorio argentino. Precisamente, el artículo 24 establece:

> **Artículo 24.-** Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:
>
> a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernen y en aquellos que tengan interés;

b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Asimismo, el artículo 27 establece y prescribe lo siguiente:

Artículo 27.- Garantías mínimas de procedimiento. garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarse de oficio un letrado que lo patrocine;
d) A participar activamente en todo el procedimiento;
e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Como se advierte, es decididamente innovadora ya que consagra la posibilidad de intervenir en forma directa del NNA, conforme su edad y madurez, en el proceso con asistencia de un letrado desde el inicio del procedimiento que lo incluya. Por ello y con todo acierto hay

quienes sostuvieron, que la ley en comentario, instala en la superficie la necesidad latente de resignificar o armonizar la legislación en materia de patria potestad y capacidad con la doctrina de la protección integral de modo de respetar los derechos fundamentales de los niños, para lo cual deviene indispensable reestructurar el sistema de representación de los menores de edad desarrollado en nuestro Código Civil, para incorporar los nuevos paradigmas.

La Ley Nacional 24.417 sobre protección contra la violencia familiar ampara a toda persona víctima de lesiones o maltrato físico o psíquico provenientes de algún integrante del seno familiar entendiendo por tal el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho. Establece que frente a estos hechos podrá denunciarlos en forma verbal o escrita ante el juez de familia. La ley, a través de un procedimiento judicial rápido y accesible para las víctimas, facilita la denuncia y el acceso a medidas de protección para las víctimas de violencia, tales como la exclusión del hogar del agresor, prohibición de acercamiento, y custodia provisoria de los hijos.

Si vamos a la materia de sustracción internacional de niños, encontramos en la normativa de la CDN, consagrado el principio que dispone que los NNA tienen el derecho a ser oídos en todos los procesos judiciales o administrativos que los involucren. El proceso de restitución internacional de niños no es ajeno a esta previsión normativa. Conforme se desprende de las normas convencionales, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del NNA si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del NNA lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera lo coloque en una situación intolerable (CH, 1980, artículo 13.1.b)). El artículo 13, penúltimo párrafo, de la mentada convención, dispone que la autoridad judicial o administrativa podrá negarse a ordenar la restitución si comprueba que el propio NNA se opone a la restitución, cuando este haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta su opinión. Es decir, lo establece como una excepción específica dentro de las taxativamente establecidas (CH, 1980, artículo 13).

Vale decir que la escucha del niño en todos los casos, cuando el niño tiene edad y madurez suficiente para oírlo, debe realizarse esta práctica. Ahora bien, en el primer caso, opuesta a la excepción del artículo 13 es el equipo técnico quien dictaminará si el NNA corre alguna situación de grave riesgo de peligro físico o psíquico o situación intolerable en caso de ser restituido. En el segundo caso tendrá significación definitiva la escucha en la que el niño, manifieste su oposición a ser restituido. Ahora bien, ha dicho la CSJN al valorar esta negativa que no corresponde: «adherir a una sumisión irrestricta respecto de la opinión que pudiese haber expresado el infante». Esta escucha se da en el marco de una audiencia en presencia del juez, del equipo técnico y del abogado del niño. En cuanto a la jurisprudencia de la CSJN es inveterada en sentido que debe consistir en una voluntad cualificada dirigida al reintegro al país de residencia habitual que no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio genuino e irreductible a regresar. Analizaremos un caso donde el máximo tribual se expide en este sentido caso. En el mes de octubre del año 2021 la Corte Suprema dictó sentencia en un proceso de restitución internacional de una niña y una adolescente a Barcelona, España. En el caso, que tramitado por la justicia de la provincia de Buenos Aires, la progenitora peticionaba la restitución de sus dos hijas que se encontraban residiendo junto al progenitor en la localidad de Bernal. La CSJN señaló desde la perspectiva rigurosa que imponen los criterios interpretativos fijados por su jurisprudencia el tribunal se avocó a examinar si correspondía rechazar la demanda por la oposición que manifestaban las niñas a regresar. Concluyó que, de acuerdo a las circunstancias comprobadas de la causa, dicha excepción no se configuraba en el caso, motivo por el cual revocó la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires e hizo lugar a la demanda de restitución. Brevemente, la Corte Suprema volvió a reafirmar pautas jurisprudenciales ya fijadas respecto de la oposición del niño a regresar, las cuales se presentan a continuación:

- Reitera que por la singular finalidad del convenio que rige el asunto, no corresponde «adherir a una sumisión irrestricta respecto de la opinión que pudiese haber expresado el infante».

- Vuelve a calificar que esa oposición debe consistir en «una voluntad cualificada dirigida al reintegro al país de residencia habitual que no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio genuino e irreductible a regresar».
- Señaló, con cita de otros precedentes, que la integración conseguida en el nuevo ambiente —que era a lo que aludían las niñas al mencionar la conexión afectiva y emocional que tenían con el círculo de pertenencia en donde residían en la provincia de Buenos Aires— no constituye un motivo autónomo de oposición, ni resultaba decisivo para excusar el incumplimiento de la obligación internacional asumida, ceñida únicamente a evitar que se concretaran sustracciones ilícitas en infracción al derecho de custodia de uno de los progenitores.
- El tribunal consideró que las niñas habían sido adecuadamente oídas durante el proceso de manera directa por los magistrados y también por intermedio de profesionales especializados sin que de una adecuada ponderación tanto de sus dichos como de las consideraciones efectuadas en las distintas resoluciones e informes emitidos en autos pueda concluirse la existencia de una oposición a retornar con las características exigidas para configurar la citada excepción del artículo 13, penúltimo párrafo del CH de 1980. Entendió que las declaraciones de las niñas no ponían de manifiesto una resistencia u oposición irreductible a regresar a España, «sino solo una simple preferencia respecto de continuar residiendo en el lugar en donde se encontraban integradas».
- No obstante, entender que no se configuraba la citada excepción, la Corte Suprema señaló expresamente que ello no impedía que las niñas, al tiempo de resolverse sobre las cuestiones de fondo vinculadas con su custodia y la responsabilidad parental —entre las que se encuentra la determinación del lugar de residencia—, puedan ejercer nuevamente su derecho a ser oídas y reiterar sus manifestaciones por ante quienes tienen a su cargo la resolución de tales aspectos. En este fallo trascendente, no solo es importante el análisis de la oposición del niño, cuestión que la CSJN mantiene este criterio desde tiempo atrás, sino que, refiere a que, una vez

restituidas las niñas, podrán ser escuchadas por quienes tienen la competencia para resolver estas cuestiones atinentes a la custodia en el estado de la residencia habitual.

5.1. Las formas de la escucha

La escucha representa garantizar al NNA la tutela judicial efectiva que no es otra cosa que el derecho a la jurisdicción.

Deberá ser oído por el juez con la intervención de un psicólogo(a), o de personal especializado, y al momento de decidir deberá tenerse —primordialmente— en cuenta su opinión. Esta escucha no pasa por indagar con quién el NNA quiere o prefiere vivir, o en qué país le gustaría vivir, sino «si existe oposición cuando el menor ha alcanzado un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta su opinión». Así lo ha entendido la CSJN cuando dice: «No ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar». Ahora bien, este derecho es personalísimo del NNA y no puede ser sustituido por «ningún representante complementario, tutor *ad litem* o la figura del abogado del niño», por cuanto desvirtuaría la finalidad que persigue que es, que el juez se haga un juicio propio de la opinión del niño, para tenerla primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión. En algunos casos, no se cumple con la obligación de escuchar al niño en forma directa. La escucha, sin duda le permite a quien tiene la potestad jurisdiccional, conocer cuáles son las necesidades del niño afectado por el conflicto internacional y, en base a ello, determinar cuál es su efectivo y real interés superior, eje que, también por imperativo legal, debe orientar la decisión judicial que se adopte. Es así que no es un acto de parte, ni un elemento de prueba y no debe recibir el tratamiento procesal como tal. Consecuentemente, el ejercicio de tal derecho es personalísimo, y no puede ser cumplido por terceros, por cuanto alteraría la finalidad que persigue. Procesalmente, ha dicho la Corte de la Provincia de Buenos Aires «suelen identificarse tres mecanismos de escucha del menor. Por un lado, en audiencias. Por otro, mediante peritajes e informes diagnósticos de equipos técnicos». Y, finalmente, a través de la participación de un representante del niño

que realiza peticiones concretas en el expediente en su nombre. Luego, la audiencia habitualmente fijada para que el niño comparezca en forma personal ante la presencia del magistrado, quien por aplicación del principio de inmediación, artículo 706, CC y C, deberá participar del acto, conforme a que se trata de un acto procesal meramente destinado a conocer y escuchar en forma directa al menor involucrado.

5.2. El abogado del NNA

Si hablamos de la designación del abogado del niño, en relación al momento y la oportunidad, no existe uniformidad en la materia. Desde un punto de vista subjetivo corresponde designarlo, cuando el niño goza de madurez suficiente para ser considerado parte en el proceso. Pérez Manrique nos dice expresamente que cuando el niño adquiere edad y madurez para formarse un juicio propio podrá participar directamente en los asuntos que le incumben, expresando sus opiniones y con derecho a que sus deseos y sentimientos sean sustentados por sus patrocinantes jurídicos. En tal caso será necesario un abogado que actúe en tal carácter y no por o en lugar de este. Vale decir que patrocina directamente los intereses del NNA sin sustituir su voluntad. ¿Y quién es el que determinará la madurez suficiente del niño? La experiencia indica que es muy difícil aferrarse a una edad determinada y que será el juez quien tomará esa determinación, con la ayuda de los equipos técnicos especializados. Por su parte, Mauricio Mizrahi, sostiene que, considerando la participación activa del niño en el proceso y su calidad de parte, cabe la posibilidad de nombrar un abogado cualquiera fuera su edad. Más aún agrega, que la facultad del juez para designar un abogado al niño existe en tanto el niño con edad y madurez suficiente no designe su propio abogado. Cuando nos referimos a la asistencia o representación del niño, en casos de restitución internacional de menor, la Ley Modelo señala que «de conformidad con las leyes de protección vigentes, se podrá designar un abogado defensor al niño, que lo asista represente según la evolución de sus facultades, apreciado a criterio del tribunal que entiende en la causa».

Las leyes procesales en la materia disponen que «el juez puede designar o el NNA requerir —conforme su edad y madurez— un abogado defensor para que lo asista y represente en la causa». Ello va de la mano con el principio de autonomía progresiva, dejando librado al juzgador el momento y la oportunidad. Es importante diferenciar las funciones ya que no debe confundirse con la representación necesaria que ejercen los progenitores ni con la complementaria que ejerce el Ministerio Público y menos aún con la del tutor especial, cuando existe conflicto de intereses. En definitiva, el abogado del NNA cumple una participación activa en el proceso y se designa teniendo en cuenta su edad y grado de madurez suficiente. Para finalizar diremos que este derecho a ser oído debe desarrollarse dentro de un plazo razonable y, consecuentemente, se impone continuar este análisis desarrollando el principio de celeridad.

6. Principio de celeridad

La adopción de decisiones a destiempo carece de toda utilidad, y afecta gravemente la satisfacción de la garantía del debido proceso legal. Ya hemos dicho que la demora en resolver conlleva responsabilidad del Estado cuando tales resoluciones involucran a los NNA.

Así, la razonabilidad del plazo reviste una importancia superlativa para el efectivo cumplimiento de la finalidad del debido proceso legal, y comprende tanto plazos máximos —para evitar atrasos injustificados— como mínimos, que den a los individuos la posibilidad de ejercer eficazmente su derecho de defensa.

En tal sentido tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Precedente Perrone y Preckel vs Argentina del año 2019, delinea cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo. Señala que:

> La duración del proceso debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la actividad procesal del interesado; la conducta de las autoridades judiciales y la

afectación generada por la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Consecuentemente, estos cuatro elementos deberán ser tenidos en cuenta a la hora de valorar si una actuación judicial excedió el plazo razonable para su dictado. En materia de restitución internacional de niños, la demora en la tramitación de las causas sigue siendo el principal problema reflejada en el perfil de los países según la última reunión de la Comisión Especial y como es sabido, tiene efectos devastadores para quienes son los sujetos de protección, es decir, los NNA. Asimismo, son funcionales al sustractor(a) que actuó desde la ilicitud perjudicando al niño, puesto que la consolidación de esta situación irregular, al tiempo que se dicte sentencia será un nuevo desarraigo tan o más traumático que el primero. En el progenitor perjudicado también tiene efectos traumáticos pues con el transcurso del tiempo ve deteriorado los lazos de contacto y régimen comunicacional con su hijo(a) por la constitución de una residencia habitual a través de un acto ilícito. Es así que el principio de celeridad es transversal a ambos convenios a más de coadyuvar con el fin perseguido que es la inmediata y segura restitución del niño a su lugar de residencia habitual, salvo que se presente un supuesto de excepción de las taxativamente enumeradas en tales instrumentos. Este principio se enmarca en el de economía procesal comprensivo tanto de la celeridad como a la concentración en su vertiente de economía de tiempos. La celeridad refiere a la abreviación de los plazos procesales (esto son las notificaciones, audiencias y diligencias que deben ser ordenadas incluso con habilitación de días y horas inhábiles) y la concentración, la cual se relaciona con la disminución de los actos procesales. Su resguardo nos ayudará a cumplir con los plazos tan acotados para resolver. Y es sabido que, la inobservancia de sus plazos —reiteramos— hace incurrir en responsabilidad internacional a los Estados ratificantes. El CH 1980 establece que se debe llegar a una decisión dentro de las seis semanas y la CI 1989 dispone sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición. Es así que la celeridad y la concentración deben ser principios incorporados en todas las leyes de procedimiento

que se sancionen en la materia. Más aún, la no observancia de este principio debe ser considerado violatorio a los derechos humanos de los niños consagrados en la CDN. Este concepto se robustece en el artículo 4 al disponer que «Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente convención» (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, artículo 4). Para dar acabado cumplimiento a este precepto necesitamos jueces que actúen como verdaderos directores del proceso, comprometidos con los principios convencionales y constitucionales que imponen resolver con perspectiva de niñez y de género, con impulso procesal de oficio, fijando plazos breves y con facultad de admitir solamente la prueba tendiente a acreditar los presupuestos de los convenios y demostrar las excepciones dispuestas en ellos.

6.1. Actividad jurisdiccional

¿Cómo llegar a resolver dentro de las seis semanas, plazo no solo razonable sino «exigible» conforme nos dice Troitinio? El CC y C dispone el deber del juez de «resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada». Se advierte de que existe una indicación acerca de una actividad práctica que ha de ser cumplida por el juez, toda vez que su decisión habrá de transformar la realidad de las partes. Siguiendo al jurista Andruet, se señala que no todos los casos son iguales para los jueces, están los que presentan mucha complejidad técnico-legal, otros tienen trámites ejecutivos y formalizados, otros tienen notable trascendencia moral y/o biográfica, otros una fuerte connotación social o de importante cuantía económica, y están finalmente aquellos que pueden mostrar profundas implicancias autorreferenciales. Para algunos basta con que se cumpla por el juez, con una «racionalidad lógica»; para otros, además de aquello, se requerirá de una lógica del sentido común luego de haber efectuado una elección preferencial y justificada de la premisa desde la cual se construye el razonamiento, pero en todos los casos será necesario el diálogo de fuentes al que se refiere el CC y C, debiendo los casos ser resueltos según las leyes que resulten

aplicables, conforme con la Constitución de la Nación Argentina y los tratados de derechos humanos en los que la república sea parte. Por último, y para completar esta construcción, la interpretación de la ley deberá realizarse conforme sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico; todo ello echará luz para resolver estas cuestiones que no admiten dilación.

6.2. Concentración de competencia

6.2.1. Principio de especialización

La concentración de competencias hace al principio de especialización, ya que establece la aptitud del juez para entender en estas causas, en un número reducido y determinado de sedes judiciales, con jueces suficientemente entrenados para tramitar y resolver los casos restitutorios. Entendido así, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, resuelve tomar razón y aprobar el proyecto de Concentración de Competencia presentado por la Oficina de Cooperación Judicial Internacional. Dicho instrumento normativo atribuye a un número reducido de tribunales con competencia en familia de seis sedes judiciales de la provincia, el conocimiento y decisión de estas causas, todo en base a criterios de funcionalidad. Asimismo, se elaboró un instructivo de actuación y se dispuso capacitar a estos magistrados, tarea llevada a cabo por los integrantes de la oficina. Además, se estableció un cronograma de actuación, en el que se consignó que correspondía dar intervención en los casos que se presenten, al tribunal especializado más cercano. Ello no significa crear nuevos juzgados sino diseñar cuáles juzgados de familia serán los competentes en esta materia.

6.3. Oficina de cooperación judicial internacional

Como otra de las innovaciones que diseñó el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, fue la creación de la Oficina de Cooperación Judicial Internacional del Tribunal Superior de Justicia

de la provincia. Esta oficina es quien brinda infraestructura técnica y de conocimiento para llevar adelante las consultas en casos transfronterizos como también las comunicaciones judiciales directas. Para ello se elaboró un Protocolo de Actuación para su reglamentación que fue aprobado por Acuerdo n.º 119, Serie A, de fecha 14 de marzo de 2016. Ello nos permite una justicia más ágil, más moderna y cercana a la gente que son los cambios que la Agenda 2030 tiene como objetivo y que ha sido tomada esta idea en distintos seminarios de restitución internacional de niños para acuñar como una creación que pueda replicarse de manera nacional y en otras provincias.

6.4. Procedimiento

Una de las herramientas más eficaces para una restitución dentro de los plazos razonables que establecen los convenios, es contar con un procedimiento eficaz que permita tramitar, resolver y ejecutar rápidamente la sentencia. Cuando no existe una ley específica para estos casos, los jueces adoptan las estructuras procesales existentes en los códigos de procedimiento y ello, sin duda, conduce a alargar y a demorar la resolución ya que no contemplan las especiales características de estos procesos en los que no se entra al fondo de la cuestión, la que queda reservada al planteamiento que pudiera realizarse ante el juez de la residencia habitual. Sabemos que en estos casos, el juez debe tener presente lo dispuesto por el artículo 12 del CH 1980 que dispone la obligación genérica de restituir y establecer dos supuestos que tienen directa relación con la ponderación del factor tiempo relacionando dos momentos: la fecha de inicio del procedimiento con la fecha del traslado o retención. El primer supuesto dispone que, habiéndose producido el traslado o retención dentro del año, «procede la inmediata restitución. Transcurrido el año, se ordenará el retorno, salvo que se demuestre que el niño ha quedado integrado al ámbito de aquel a quien se le reclama». Esto es clave para un correcto entendimiento del convenio y es la primera norma a tener en consideración por el juez que trata estas cuestiones pues de ello se derivará la prueba a despachar. Si estamos dentro del primer supuesto, no deberá despacharse prueba tendiente a demostrar la adaptación

del niño al nuevo medio. En caso de oponerse excepciones, y probadas las mismas, deberá el juez analizar las medidas de regreso seguro, con la cooperación de la Autoridad Central y los Jueces de Enlace. En caso de no existir tales medidas en el lugar de residencia habitual, rechazará la solicitud de restitución. Consecuentemente, se cumple con el convenio resolviendo el rechazo, aunque será una solución imperfecta. Lo que es contrario al convenio y a su normativa es la demora. Si analizamos las causas, en una gran mayoría de casos esta se da por la falta de una ley de procedimiento a aplicar lo que provoca que el juez de un modo u otro utilizando los procedimientos internos, entra al tratamiento de la custodia; es decir, se introduce en temas que tienen que ver con la cuestión fondal. Otras veces las demoras se dan porque en un alto porcentaje de casos, los recursos que se interponen contra las resoluciones dictadas por el juez no están acordes con la letra y espíritu de los convenios, más aún, se sirven de ellos, por qué no decirlo, con fines dilatorios constituyendo un grave perjuicio para los niños que se van integrando a un medio que tiene origen en una acción ilícita. Lo dicho no significa contrariar la doble instancia y el respeto de la letra y espíritu del Pacto de San José de Costa Rica, pero lo que enfáticamente debe rechazarse es que las partes aprovechen los recursos con fines dilatorios en un «proceso acotado, que no solo debe ser acelerado, sino que también debe estar presidido por restricciones en el debate, severas limitaciones probatorias y un régimen recursivo más simplificado que el corriente». Otra de las cuestiones tiene que ver con los plazos que debería considerarse en todos los casos de dos días, salvo disposición en contrario, y perentorios, improrrogables y fatales como así también las notificaciones, salvo el traslado de la demanda deberían hacerse por secretaría con habilitación de días y horas inhábiles y de modo electrónico en las jurisdicciones que cuenten con este medio. Otra de las cuestiones fundamentales es que es la habilitación de la feria judicial (en todos los casos) la interpretación restrictiva de las excepciones (artículos 13 y 20) y contextualizada del interés superior del niño, esta resulta de la mayor importancia y determinará la prueba a despachar. En cuanto a la admisibilidad de la prueba debe limitarse exclusivamente a aquella tendiente a probar los presupuestos de los convenios y las excepciones previstas

en los mismos, lo que nos lleva a admitir la documental, el dictamen psicológico o a falta de equipos técnicos, la pericia psicológica solo en caso que se invocare grave riesgo y la limitación de la prueba testimonial a dos testigos por cada parte como medios de prueba. El proceso debe prever una audiencia que permita la alegación y prueba y la escucha del niño con el equipo técnico, en presencia del juez y el asesor o defensor del niño y el abogado del NNA si correspondiere, conforme a su edad y grado de madurez. De otro lado, es fundamental tener en cuenta que se trata de un convenio de cooperación administrativo y judicial, por ello, la confianza en el otro sistema de protección como también articular cooperación administrativa y judicial es de la esencia de estos convenios. Por último, el juez debe actuar como verdadero director del proceso desde el comienzo del trámite hasta la ejecución incluida la misma. Una muy buena práctica es que el juez/a con personal del juzgado, el equipo técnico acompañe al NNA en su retorno hasta el embarque en su vuelo de destino.

6.5. Necesidad de una ley de procedimiento interno a nivel nacional

Nuestro país, no ha logrado aún, sancionar una ley de procedimiento interno a nivel nacional que permita resolver estos casos con la rapidez que exigen los convenios. Como hemos visto, a pesar de las leyes de procedimiento dictadas en las distintas provincias y el Protocolo de Actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños ratificado por casi el 90 % de las provincias, a nivel nacional los casos no logran resolverse con la celeridad que exigen los convenios en esta materia. Es que los instrumentos convencionales pese al compromiso asumido por los Estados, se tornan con frecuencia ineficaces ante la ausencia de voluntad política de los Estados para asumir sus obligaciones para su implementación, y ello trae aparejado la responsabilidad del Estado a nivel internacional. Esto ha traído como consecuencia la falta de confianza en el resto de los Estados contratantes, debilitando la eficacia de los instrumentos convencionales y generando asimetrías entre los Estados parte. En cuanto al plazo razonable y las medidas legislativas que deben dictarse

para cumplir con el plazo razonable establecido en los convenios, en fallo reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aborda la cuestión del plazo razonable y la necesidad de implementar una legislación interna para aplicar a los casos de restitución internacional de niños en un fallo reciente. Por unanimidad y por tres votos parcialmente disidentes únicamente relacionados con la violación del artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, con voto dirimente del presidente, responsabiliza al Estado de Paraguay por la violación de los derechos a la integridad personal, a la vida privada y familiar, protección a la familia y al cumplimiento de las decisiones judiciales, reconocidos en los artículos 5.1, 11.2, 17 y 25.2.c y en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo ordenamiento legal internacional, en perjuicio del accionante. Por otra parte, destacan los esfuerzos realizados por el Estado, orientados a la mejor aplicación de los tratados sobre restitución internacional de niños y niñas, en particular, la aprobación del instructivo y el protocolo y la formulación del proyecto de ley. Sin embargo, encuentra que, al momento en que ocurrieron los hechos de este caso, Paraguay no había adoptado las medidas necesarias para la adecuada implementación de los mencionados tratados en el ordenamiento jurídico interno. Por esa razón, estima que Paraguay no cumplió con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno y es responsable por la violación del artículo 2 de la Convención. En consecuencia, ordena al Estado adecuar su ordenamiento interno mediante la aprobación del proyecto de ley en curso o uno de contenido similar, que incorpore en su legislación las medidas necesarias para la adecuada implementación del marco normativo internacional sobre restitución de niños y niñas, a la luz de los estándares establecidos en esta sentencia, en particular, en lo relacionado con (i) los principios de celeridad y diligencia excepcional y (ii) la obligación de localización de los niños y niñas trasladados ilícitamente. Esta sentencia tan rica en contenido, si la analizamos desde el punto de vista del deber de observar el plazo razonable señala, la jurisprudencia en comentario, los cuatro elementos que hemos mencionado *ut supra*, a tener en consideración a los fines de determinar la razonabilidad del plazo, la necesidad de que el Estado garantice

la ejecución como también por parte de las autoridades de tramitar los casos con diligencia y celeridad excepcional. A ello se suma, en el voto de la mayoría, la obligación por parte de los Estados de adoptar la legislación interna que permita llevar adelante estos procesos de especiales características. Por último, conforme lo señalado, debe adicionarse que «el proceso involucra a un niño lo cual suma el deber de protección especial derivado del artículo 19 de la Convención Americana». Este artículo establece que los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proteger a los niños, reconociendo su vulnerabilidad y la necesidad de un cuidado especial. La referencia a la familia, la sociedad y el Estado subraya el enfoque integral y colectivo en la protección de los derechos de los menores. Ello obliga a los jueces a cumplir con estas pautas jurisprudenciales de la Corte Interamericana, ya que prolongar una situación de sustracción genera una severa afectación a las partes, al niño y complejiza la ejecución de sentencia. No olvidemos la obligación convencional de que tienen los jueces de fallar teniendo en cuenta la perspectiva de niñez y de género. Ello, aunque la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores no menciona explícitamente la perspectiva de niñez y género, el marco de derechos humanos más amplio que Argentina ha suscrito sí lo hace, y estas perspectivas deben ser integradas en la interpretación y aplicación de todas las normativas y los procedimientos relacionados con la niñez y la justicia de género. Consecuentemente, la integración de una perspectiva de género en la administración de justicia busca promover una justicia más equitativa y sensible a las diversas experiencias y realidades de género, asegurando que todas las personas reciban un trato justo y no discriminatorio en el sistema judicial. Ahora, como bien dice la corte debe analizarse «de manera separada el plazo razonable en el proceso por una parte y el incumplimiento de la decisión favorable a la restitución en atención al ocultamiento de la madre con el niño por un largo período». Analizando los tiempos de duración del caso tenemos que ocho meses demoró el trámite sin haberse visualizado periodos de inactividad procesal, lo que no significa que las autoridades judiciales hayan imprimido a la causa diligencia excepcional o la «urgencia excepcional necesaria»

para no complejizar la ejecución de sentencia. La misma corte sostiene: no puede considerarse en abstracto un plazo de ocho meses como razonable, en consecuencia, es menester exigir de los Estados, en el presente caso Paraguay, la debida diligencia y atención para que estos procesos se tramiten en los términos que se han obligado internacionalmente a cumplir. Ello es posible, siguiendo el voto de la mayoría según si se adoptan medidas de orden legislativo. A ello debe agregarse la conclusión a que se llega en la sentencia en cuanto al incumplimiento del artículo 25.2.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Conforme a lo anterior, la corte considera que la falta de diligencia y celeridad excepcional en el cumplimiento de la orden de restitución, y en la adopción de medidas orientadas a construir un vínculo entre padre e hijo, facilitó la consolidación de una situación ilícita en perjuicio del señor C, en violación de lo dispuesto por el artículo 25.2.c de la Convención Americana. ¿Qué medidas se debieron adoptar para evitar el ocultamiento del niño por casi nueve años? Se advierte que las medidas cautelares ordenadas por la comisión, fueron concedidas nueve meses antes que cumpliera los dieciséis años, edad en la cual deja de aplicarse el convenio. Por ello, es claro sostener —como lo señala la corte— en el voto en análisis que no es posible separar el proceso en etapa de conocimiento y la etapa de ejecución. Existe una inconsistencia lógica de considerar que el plazo se debe considerar exclusivamente respecto de la etapa de conocimiento. La incidencia de la violación declarada del artículo 25.2.c de la Convención Americana y su relación con el plazo razonable en los procesos de restitución internacional lleva a considerar lo siguiente:

> 1) el término de ocho meses que llevó el trámite interno tuvo su origen en la deducción de múltiples recursos; 2) a ello se adicionaron los años transcurridos desde el ocultamiento de la madre con su hijo por casi nueve años, situación de la que salió cuando el gobierno argentino ofreció una recompensa por informaciones sobre el paradero de ambos; 3) cuando es ubicada la madre y el niño se confía la guarda provisoria a la tía materna y se ingresa a un largo proceso intentando vincular al niño con su padre, con

múltiples falencias como surge del texto de la sentencia; 4) el niño originalmente sustraído, hoy mayor de edad ha declinado ser considerado víctima en este caso, hay un vínculo interrumpido con su padre y ha optado por convivir con su tía materna.

Para concluir este importante acápite, la sentencia en el párrafo 5 señala que las decisiones no perpetúan la discriminación y la desigualdad de género:

> Este tribunal nota con preocupación que, entre la presentación de la petición inicial ante la comisión y el sometimiento del caso ante la corte, han transcurrido trece años. Dentro de esos trece años, la corte evidencia que fueron planteadas dos solicitudes de medidas cautelares. La primera fue negada en 2009, tres años después del traslado del niño desde Argentina a Paraguay y mientras se desconocía su paradero. La segunda fue atendida favorablemente en 2019, diez años después de que se hubiera presentado la petición que dio origen a este caso (*supra* párr. 2.b). Para el momento en que finalmente se otorgaron las medidas cautelares, D tenía quince años y tres meses de edad. Asimismo, la corte nota con preocupación que el caso fue sometido a conocimiento de la corte en enero de 2022, un mes antes de que D adquiriera la mayoría de edad. Todo ello pese a que los procedimientos internos e internacionales que involucran la protección de los derechos de la niñez deben ser tramitados con diligencia y celeridad excepcionales, para la efectiva protección de los derechos de los niños, niñas y sus progenitores (*infra* párrafos 79 a 80).

Dos cuestiones vamos a desarrollar a la luz de lo resuelto:

a) La ejecución de sentencia no puede escindirse del cómputo del plazo razonable. Así es claro sostener que el plazo razonable no solo representa la etapa de conocimiento desde el decreto de avocamiento sino también incluye la etapa de ejecución pues, desde el primer momento, el juez debe representar la ejecución y obrar en consecuencia tomando las medidas cautelares para evitar

el ocultamiento y, asimismo, construir el vínculo paterno filial. Entendemos que en un proceso de restitución internacional de niños es inescindible el proceso propiamente dicho de la ejecución. Y ello debe llevarse a cabo dentro del plazo razonable que está establecido en ambos convenios. Resalta la decisión que en este caso el progenitor accionante contó con un recurso judicial que fue resuelto en un plazo razonable. Sin embargo, la decisión adoptada nunca se materializó. Recuerda que, «en virtud de lo dispuesto en el artículo 25.2.c de la convención, la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes adoptan una decisión, sino que se requiere que el Estado garantice su ejecución». Concluye que el Estado paraguayo no adoptó las medidas necesarias para ejecutar la decisión mediante la cual se ordenó la restitución internacional del niño, a la luz de la diligencia y celeridad excepcionales requeridas en este tipo de casos. Por esa razón, es responsable por la violación del artículo 25.2.c de la Convención Americana en perjuicio del actor. Más aun cuando el incumplimiento del mismo no solo afecta gravemente al niño, sino a quien litiga a la distancia, a quien sustrajo entendiendo que tenía elementos de prueba suficientes para acreditar una excepción (no olvidemos que en la gran mayoría de casos es la progenitora quien sustrae por razones de grave riesgo de peligro físico o psíquico o por estar viviendo una situación intolerable), sino también trae aparejada responsabilidad internacional. En conclusión, como lo dice claramente la corte en el voto de la mayoría: consideramos que estos procedimientos deben realizarse en un plazo razonable.

b) Nos referimos, a continuación, a la segunda cuestión planteada, es decir, la necesidad de legislación interna conforme lo dispone el artículo 2 de la Convención Americana. En el fallo en comentario, la decisión de la mayoría a la que adherimos fue acertada al concluir que se violó el artículo 2 de la Convención ante las insuficientes medidas legislativas adoptadas para garantizar los derechos en juego cuando se está ante la presencia de un proceso de restitución internacional. La importancia de proteger a la niñez y la familia —y, por supuesto, a sus miembros— se constituyen como valores que deben ser protegidos a través de una legislación eficaz. Esto es muy

importante pues no podrá cumplirse con el plazo razonable si no existe la legislación procesal que le brinde las herramientas al juez para poder dictar sentencia cumpliendo con los acotados márgenes que los convenios disponen. Por último, en cuanto a la legislación interna, hemos observado que al momento del inicio del caso, Paraguay no contaba con tal legislación, solo había ratificado ambos convenios de restitución internacional. Lo dicho surge evidente si cotejamos las fechas del «Instructivo de Procedimiento para la aplicación de los instrumentos internacionales ratificados por la República del Paraguay en materia de restitución internacional de menores» y el «Protocolo y ruta de intervención de restitución internacional de NNA en Paraguay fueron dictados con posterioridad al inicio del caso». Vale decir al inicio del caso no existía legislación interna para llevar adelante estos procesos de tan especiales características. Al finalizar solo se habían elaborado instrumentos originados en el *soft law* que como es sabido no poseen la entidad y eficacia propia de una ley. Es así y apoyando el voto de la mayoría coincidimos en lo dicho por la corte al sostener que al momento en que ocurrieron los hechos de este caso, Paraguay no había adoptado las medidas necesarias para la adecuada implementación de los mencionados tratados en el ordenamiento jurídico interno. Por esa razón, estima que Paraguay no cumplió con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno y es responsable por la violación del artículo 2 de la Convención. En consecuencia, la decisión ordena al Estado adecuar su ordenamiento interno mediante la aprobación del proyecto de ley en curso o uno de contenido similar, que incorpore en su legislación las medidas necesarias para la adecuada implementación del marco normativo internacional sobre restitución de niños y niñas, a la luz de los estándares establecidos en esta sentencia, en particular, en lo relacionado con (i) los principios de celeridad y diligencia excepcional y (ii) la obligación de localización de los niños y las niñas trasladados ilícitamente. Es por esta razón que la corte consideró pertinente ordenar al Estado como medida de no repetición que, en un plazo razonable, adecúe su ordenamiento jurídico interno, mediante la aprobación del proyecto de ley «que regula el proceso

de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes» o de un proyecto de ley de contenido similar, que incorpore lo preceptuado por tratados internacionales y los estándares establecidos en esta sentencia. Para ello, la sentencia indica que podrá guiarse por la «Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños» y por el anexo al Protocolo Iberoamericano de Cooperación Judicial Internacional sobre «Sustracción Internacional de Niños» de la Cumbre Judicial Interamericana. Es a través de la aprobación de esa ley que se dará un cumplimiento cabal de las obligaciones del Estado contenidas en el artículo 2 de la Convención en casos futuros que impliquen supuestos como el presente en Paraguay. Esta resolución de la Corte Interamericana tiene efecto de *res judicata* para las partes. Esto significa que las resoluciones de la CIDH son vinculantes entre los Estados involucrados en el caso. Para terceros países no involucrados en el caso, su jurisprudencia actúa como una guía persuasiva. Consecuentemente, los tribunales y legisladores de otros Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) pueden —diríamos deben— tomar en cuenta las decisiones y estándares establecidos por la CIDH al desarrollar su propia legislación y políticas. Vale decir que los Estados que no hayan elaborado la legislación procesal interna para tramitar estos casos deben elaborar una ley de procedimiento para estos casos de especiales características. No basta con la ratificación del tratado, sino que siendo que debe tramitarse dentro del plazo razonable establecido por los mismos convenios restitutorios y tratándose de cuestiones referidas al cumplimiento de las obligaciones en materia de protección a la niñez y a la familia, en procesos de restitución debe —y debió, en el presente caso— realizarse de manera conjunta. La práctica internacional y la jurisprudencia de la corte sustentan esta misma conclusión. En conclusión, y a más de lo dicho, no se cumplió con la garantía judicial del plazo razonable porque no se tramitó el caso con la diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades.

7. Conclusiones

Desde la ratificación de la CDN es claro que en nuestro país han existido avances muy significativos y trascendentales. Basta referirnos a la reforma del CC y C que se produce a diez años de vigencia de la CDN y lo que busca es el cambio de paradigma que la propia Convención había traído consigo. Pasamos de la doctrina tutelar a la doctrina de la protección integral, dos enfoques fundamentales contrapuestos en la concepción y tratamiento de los derechos de los niños y los adolescentes. Los niños anteriormente a este cambio de legislación no eran vistos como sujetos de derecho sino como objeto de protección. La nueva codificación refleja un cambio paradigmático en la concepción de los derechos de los niños y los adolescentes. Ello también se puede observar en los derechos y principios que se les reconocen, entre ellos los que hemos hecho referencia en este trabajo. En cuanto a la legislación interna en materia de restitución internacional de niños, en el año 2016 entró en vigencia la primera ley de procedimiento a nivel provincial y luego fueron dictándose las siguientes hasta contabilizar once provincias con legislación. El Protocolo de Actuación para el funcionamiento de los convenios sobre sustracción internacional de niños, se elaboró en el año 2016 y ha sido ratificado por un número importante de provincias. Ahora bien, hemos avanzado y las estadísticas de las provincias que legislaron en esta materia así lo demuestran y más aún, las que concentraron jurisprudencia y crearon oficinas de cooperación judicial, pero necesitamos la legislación de procedimiento interno a nivel nacional para cumplir con este estándar de la corte, ya que si bien no son vinculantes, tienen un impacto significativo en la legislación y las políticas nacionales, promoviendo la protección y el respeto de los derechos humanos en la región. Es así que el fallo —en particular— es vinculante solo para el Estado condenado, en este caso en comentario, Paraguay, lo que no significa que otros Estados partes tomen en cuenta las interpretaciones y estándares establecidos por la corte en sus sentencias. Esto crea un efecto de jurisprudencia que influye en la aplicación y desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en la región. Este último fallo significará un gran avance y ayudará a desplegar su influencia en toda la región a los fines que los

Estados que no hayan sancionado legislación interna en la materia, cumplan y observen a la mayor brevedad lo establecido por el Máximo Tribunal de Derechos Humanos.

La globalización y el incremento de la movilidad internacional han transformado la configuración de las relaciones familiares, generando un escenario en el que los conflictos jurídicos trascienden fronteras. Esta realidad se traslada necesariamente a la protección de los niños, las niñas y los adolescentes en el plano internacional y por ello la necesidad de recurrir a la cooperación jurídica internacional como un mecanismo eficiente y eficaz que facilita la aplicación de los instrumentos internacionales. Es que en este escenario existen un sinnúmero de situaciones que requieren de la intervención coordinada de dos sistemas de protección nacionales para asegurar la protección efectiva de los niños. Estos son los conflictos familiares internacionales, los niños encontrados en el extranjero, las guardas de niños en el extranjero y adopciones internacionales entre otros. Para dar respuesta a este universo, un solo sistema tiene limitaciones en cuanto a la jurisdicción, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de sentencia y tantas otras. Por ello, requiere de la cooperación para lograr notificaciones, ordenar medidas de protección, obtención de pruebas, información del derecho extranjero y más.

Referencias

Asamblea General de la OEA (1994). Convención Belém do Pará, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Asamblea General de la ONU (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25. Nueva York: 20 de noviembre de 1989. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child

Asamblea General de las Naciones Unidas (1979). Convención sobre toda forma de eliminación de la discriminación contra la mujer.

Caso G. L. s/ por su hijo G. P. T. por restitución s/ familia p/ rec. ext. de inconstit. (2023). Corte Suprema de Justicia de la Nación (3 de mayo de 2023).

Caso Gelman vs. Uruguay (2011). Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de febrero de 2011).

Caso Perrone y Preckel vs. Argentina (2019). Corte Interamericana de Derechos Humanos (8 de octubre de 2019).

Caso Viteri Ungaretti y otros vs. Ecuador (2023). Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de noviembre de 2023).

Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (25 de octubre de 1980).

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2016). Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios sobre Sustracción Internacional de niños. https://www.cnaj.gob.ar/cnaj/docs/nacional ConvSustraccion.pdf

Faraoni, F. (dir.) (2021). *Abogada/o de niñas, niños y adolescentes. Visión doctrinaria*. Lerner.

Ley 10419 de la provincia de Córdoba - Procedimiento para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional (2016). Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba (21 de diciembre de 2016).

Ley n.º 24.417. Ley de Protección contra la Violencia Familiar. Congreso de la Nación Argentina (7 de diciembre de 1994).

Ley Provincial 7338 (2002). Cámara de Diputados Provincial (5 de diciembre de 2002).

Octava reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980 y del Convenio sobre Protección de Niños de 1996. La Haya (10 a 17 de octubre de 2023).

Sentencia B., C. I. c/S., A. N. s/cuidado personal del hijo (tenencia) (2021). Corte Suprema de Justicia de la Nación (9 de septiembre de 2021). https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/2944/FALLO_CSJ_001821_2020_CS001_Competencia_Inter%C3%A9s_Superior_del_ni%C3%B1o.pdf

Tagle, G. (dir.) (2023). *Restitución internacional de NNA y régimen comunicacional transfronterizo. Aspectos prácticos desde una mirada nacional e internacional*. Contexto.

Unicef (2023). Thirty Years of Child Rights and Progress. Unicef.

Obligación alimentaria y derechos humanos de niños, niñas y adolescentes desde una visión contemporánea del derecho argentino[1]

Marisa Herrera
Universidad de Buenos Aires, Argentina
marisaherrera12@gmail.com

1. Introducción

El objetivo de este estudio consiste en profundizar sobre la obligación alimentaria cuando compromete a personas menores de edad; es decir, cuando están comprometidos los derechos humanos que titularizan niños, niñas y adolescentes a quienes les cabe un plus de protección (Constitución de la Nación Argentina, artículos 75 incisos 22 y 23). A los fines de sintetizar lo que sería el andamiaje o cimientos fundamentales para repensar la cuestión alimentaria en favor de este colectivo, aquí se sostiene que el punto de partida para iniciar cualquier estudio crítico y renovado sobre el tema estaría sintetizado en la figura 1.

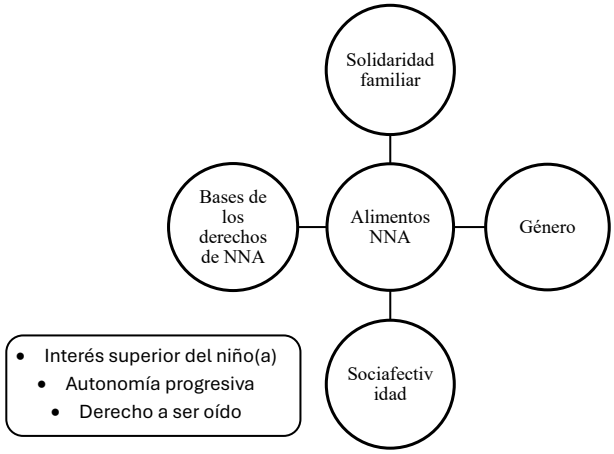
Para comprender en toda su dimensión la figura 1, se debe tener en cuenta la noción de pluralismo familiar a modo de columna vertebral, tal como lo ha expresado en varias oportunidades y ya es doctrina consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando asevera en el resonado caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile que:

1 Estas ideas han sido esgrimidas en otras oportunidades con algunas modificaciones en la Revista Jurídica de la Universidad Nacional del Oeste y en el Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes.

> La corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo tradicional de la misma. Al respecto, el tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. (párrafo 142)

De modo que, según lo expuesto en líneas anteriores, para comprender el punto de partida de la obligación alimentaria, se presenta —a continuación— la figura 1:

Figura 1
Base de la obligación alimentaria

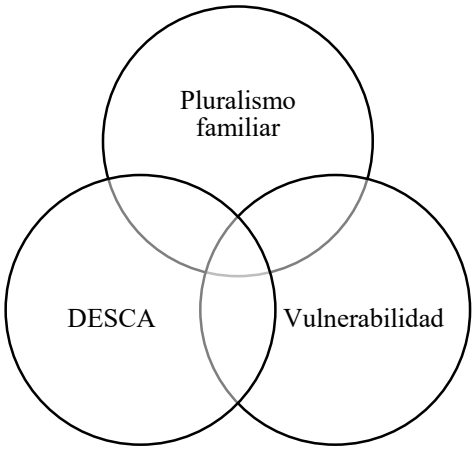


¿Cómo impacta la noción de familias en plural en el marco de las obligaciones en general, y las alimentarias en especial? ¿Qué rol juega la noción de la socioafectividad como causa fuente de obligaciones? ¿Es posible solicitar alimentos contra una persona con quien se tiene un fuerte vínculo afectivo sin ningún título o ropaje jurídico? ¿La socioafectividad no coloca en crisis el principio de seguridad jurídica? ¿Cuál prima o debería primar en el campo de las relaciones de familia? ¿Cómo interactúan diversas obligaciones alimentarias como, por ejemplo, los progenitores o uno de ellos y el progenitor afín en las familias

ensambladas? Debiéndose agregar otro término agrava o complejiza estas interacciones como lo es la vulnerabilidad. ¿Acaso los alimentos no se presentan en la realidad jurídica ante situaciones marcadas por la vulnerabilidad?

Desde este contexto, fácil se puede advertir otra interacción clave en materia alimentaria y su entrecruzamiento con los derechos de niños, niñas y adolescentes que se sintetiza en la siguiente figura:

Figura 2
Obligación alimentaria y su entrecruzamiento con los derechos de niños, niñas y adolescentes



Por lo tanto, se puede advertir cómo se han modificado las bases o estructura central sobre el cual se debe construir el régimen jurídico alimentario cuando compromete a personas menores de edad. Se trata de dimensionar la presencia de otros principios, otras lógicas y también otras interrogantes y consecuentes respuestas.

2. Algunas consideraciones generales y básicas

2.1. Alimentos como derecho civil y como derecho humano

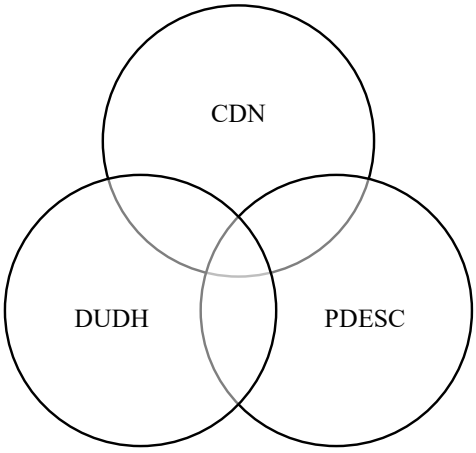
La obligación alimentaria tiene una doble pertenencia, constituye una obligación civil y, a la par, un derecho humano. Además, y a los fines de tomar dimensión sobre su mayor complejidad desde un enfoque

contemporáneo, dentro del campo tradicional del derecho civil, es posible advertir que los alimentos formarían parte de una categoría mixta al no corresponderse de manera precisa con ser un derecho personal o un derecho patrimonial, sino tener o encerrar aspectos de ambos. En este sentido, es clave comprender que los alimentos no solo comprometen un derecho económico —ya sea que se traduzcan en dinero o en especie—, sino también una faceta personal vinculada a la calidad de vida digna y el desarrollo de la personalidad como derecho humano, lo cual indica que es más preciso advertir que los alimentos —al igual que la vivienda— integran una categoría mixta o intermedia y así salir de la disputa tradicional en torno a si forman parte de un derecho personal o patrimonial (Herrera, De la Torre y Fernández, 2023).

A su vez, es viable recordar que los alimentos parten del género «asistencia», la cual tiene una vertiente moral y otro material, siendo esta última la que se conoce como alimentos.

La obligación alimentaria que compromete a niños, niñas y adolescentes involucra, de mínima, el siguiente entretejido normativo internacional:

Figura 3
Entretejido normativo internacional



Así, como normativa internacional básica a modo de columna vertebral, el artículo 27 de la CDN expresa en sus tres primeros apartados que:

1. Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Por lo tanto, el instrumento internacional central en derechos humanos de niños, niñas y adolescentes entiende que la obligación alimentaria constituye una cuestión pública y/o privada; es decir, donde la responsabilidad familiar —en sentido amplio— ostenta un papel fundamental, pero lo derrama involucrando de manera precisa al Estado. No por casualidad algunos países receptan la idea de un fondo de garantía alimentaria aplicable en aquellos casos de obligaciones alimentarias impagas y con severos problemas de extender dicho deber en cabeza de otro integrante del grupo familiar o afectivo.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 reconoce que «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios» y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 3 establece como nudo central que «Los Estados partes en el presente pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente pacto» y, en consonancia con ello, el artículo 11 se focaliza en el derecho alimentario al considerar que:

> 1. Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Al respecto, es dable destacar que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su Observación general 12, explica el contenido normativo de los párrafos 1 y 2 del artículo 11 en el que se considera que el derecho a la alimentación «[…] se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla», entendiéndose con acierto que «El derecho a la alimentación no es un derecho a ser alimentado, sino principalmente el derecho a alimentarse en condiciones de dignidad» (COPREDEH, 2011), por lo tanto, el obligado a alimentar es una derivación o complemento del derecho principal como lo es el derecho a alimentarse en condiciones de dignidad.

Desde este enfoque constitucional-convencional, se observa que los alimentos comprometen un derecho humano y, como tal, es comprensible que se encuentre expresamente regulado como un derecho-deber derivado de las relaciones de familia en atención al principio de solidaridad familiar. Precisamente, ciertas personas con quienes se presume que se tiene un fuerte vínculo afectivo, con quien se desarrollan lazos de cooperación y de convivencia, es entendible que tengan a su cargo ciertos deberes, entre ellos, el alimentario. Ahora bien, el interrogante abierto gira en torno a qué tipo de relación familiar o hasta qué grado de parentesco la norma debería establecer tal obligación y, más aún, si por fuera del parentesco y de las relaciones familiares, sería pertinente reconocer o extender tal compromiso legal ante situaciones de extrema vulnerabilidad. Es aquí donde el concepto de socioafectividad adquiere un papel preponderante en el derecho de las familias tal como se pasa a sintetizar, a continuación.

Como idea de cierre, es necesario destacar que el incumplimiento de la obligación alimentaria conculca el derecho humano que aquí se analiza trayendo como consecuencia la violación de otro derecho humano como lo es a vivir una vida sin violencia. ¿Acaso, los alimentos no hacen a una vida digna y, por lo tanto, su transgresión no configura una clara violencia? Esta interacción entre incumplimiento alimentario y derecho a vivir una vida sin violencia se podrá terminar de comprender cuando se indague sobre el impacto de la perspectiva de género en el estudio del derecho alimentario.

2.2. Socioafectividad

Dutto, quien, parafraseando a Carver al preguntarse «De qué hablamos cuando hablamos de socioafectividad», señala que:

> Su peculiaridad consiste —como su grafía lo significa— en que dos son los elementos básicos formadores y que interactúan: lo social y lo afectivo. Un concepto que parecía pertenecer solo al derecho brasileño (afectividade) se ha trasladado a otros ordenamientos, en los que ya se comienza a hablar del parentesco social afectivo para reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellas a modo y semejanza.

Agregándose que «Se ha producido la llamada desencarnación, el debilitamiento del elemento carnal o biológico, en beneficio del elemento psicológico y afectivo» y, por lo tanto, concluye que «Bajo esa observación, la socioafectividad integra, complementa y en ocasiones cubre el silencio legal para optimizar la realización de justicia, fundada en el vínculo afectivo de interdependencia entre los seres humanos y que el entorno social legitima» (Dutto, 2022).

Dimensionar el valor expansivo y complejo que encierra la noción de socioafectividad ha sido, en gran medida, por el obligado enfoque de derechos humanos que ha atravesado el derecho civil en los últimos tiempos, en especial, el derecho de familia a tal punto de pasar del singular al plural. No se trata de una letra de diferencia

y agregarle al final una «s», sino de reconceptualizar un término sociológico e intrínsicamente dinámico como es el que nuclea a las relaciones familiares como típicos vínculos signados por el afecto, más allá de los lazos de sangre y del parentesco. ¿Acaso no es posible tener un vínculo afectivo más fuerte con mi mejor amiga y con quien comparto proyectos laborales que con mi hermana quien se fue a vivir al exterior y solo me conecto por videollamada cada tanto para saber en qué anda cada una?

En este contexto, fácil se puede dimensionar que la socioafectividad en alianza con el principio de solidaridad familiar —desde un sentido amplio y plural de familia— tiene un impacto directo en los conflictos alimentarios que se desarrollan en el campo de las relaciones de familia o, en palabras del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del denominado derecho a la vida familiar.

Más aún, es posible destacar las dos caras contrapuestas de la socioafectividad, tanto en su faz positiva (el vínculo de afecto efectivamente consolidado) como en la negativa: la decisión informada de no querer insertarse en determinado grupo familiar, es decir, la falta o carencia de afecto como otro elemento central para resolver diversos conflictos familiares. Ambas tienen una incidencia directa en materia alimentaria, ya sea para plantear el reconocimiento legal de ciertos vínculos afectivos de facto como acontece con las uniones convivenciales o las convivencias de pareja, como para esgrimir planteos judiciales de extensión de la obligación alimentaria con quien no se tiene un vínculo jurídico de parentesco, pero observa un fuerte lazo afectivo.

Como cierre de este apartado general concentrado en los elementos estructurales y estructurantes de la socioafectividad consignados de manera sintética, es necesario traer a colación una realidad que cada vez va teniendo mayor envergadura en el derecho de las familias. Nos referimos a las denominadas familias pluri o multiparentales; es decir, aquellas que colocan en jaque el binarismo filial y, por lo tanto, reconocen tres o más vínculos filiales. ¿Cuál es la razón por la que se alude a esta cuestión al abordar la socioafectividad? Sucede que en la gran mayoría de los planteos que se han esgrimido en el derecho

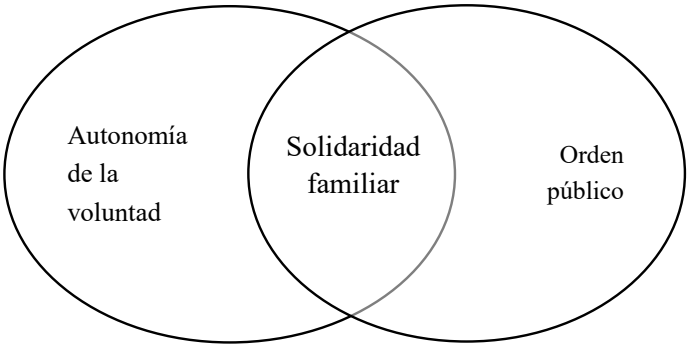
argentino en el que se ha reconocido una triple filiación —hasta la actualidad, se contabilizan un total de cuarenta y dos casos, dos resueltos en el ámbito administrativo y los cuarenta restantes en la justicia— encierran situaciones fácticas donde la socioafectividad es determinante. En el campo de la filiación biológica o por naturaleza, suelen ser supuestos de niños(as) que han sido reconocidos o por aplicación de la presunción de paternidad mantienen un vínculo jurídico y afectivo con quien después de varios años se advierte que el padre biológico es otro con quien también empiezan a tener una relación afectiva. ¿Es necesario desplazar al padre jurídico no biológico para emplazar al biológico hasta ahora no jurídico? La doctrina y la jurisprudencia argentina hace tiempo vienen priorizando los afectos por sobre la limitación binaria legal fundado en varios argumentos que inclinan la balanza en favor de la pluriparentalidad: la socioafectividad, el derecho a la identidad dinámica como estática y el interés superior del niño como pilares; excepto en una oportunidad que involucra la filiación de una persona mayor de edad en el que también se hizo lugar a la petición no fundado en el principio rector en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes sino, fundamental y principalmente, en la sólida e ineludible socioafectividad.

2.3. Solidaridad familiar

Otro de los principios centrales para repensar las obligaciones alimentarias —y gran parte de los conflictos actuales más desafiantes del derecho de las familias— es la solidaridad familiar.

Se trata de un principio que habría venido a colocar equilibrio a una tensión ancestral que siempre ha estado presente en la regulación de las relaciones de derecho como lo es el de la autonomía de la voluntad versus el orden público. Es más, a nuestro entender, la solidaridad familiar sería uno de los argumentos más sólidos para reconvertir tal supuesta tensión en un complemento: autonomía de la voluntad y orden público, en el que tal compatibilidad giraría en torno a la solidaridad familiar. En términos gráficos se lo observaría del siguiente modo:

Figura 4
Solidaridad familiar



¿Por qué no sería posible pactar entre dos progenitores que uno no se hará cargo del cuidado, crianza y alimentos o uno de ellos renunciar a alguno de estos deberes que involucra la responsabilidad parental? Precisamente, la autonomía de la voluntad tiene un límite que establece la ley fundado —entre otros— en el principio de solidaridad familiar. Es por ello que la ley no solo considera que una cláusula en este sentido sería nula, sino que, además, impone como el Código Civil y Comercial argentino que «Los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental» (artículo 704). No por casualidad las relaciones jurídicas que se derivan del vínculo filial o el cúmulo de derechos y deberes que genera estos lazos afectivos y jurídicos se denomina en la legislación argentina «responsabilidad parental». Sucede que el tener hijos(as) encierra una decisión que, como tal, genera responsabilidad y, a la par, solidaridad con todas o hacia aquellas personas con quien se tiene un vínculo familiar. ¿Qué se entiende por familia? Justamente, referirse a la solidaridad familiar como concepto jurídico indeterminado, implica estar a la zaga de los avances en la conceptualización de un término eminentemente sociológico y dinámico como son las familias, el que hace tiempo —tal como ya se ha explicitado de manera sintética— se encuentra atravesado por el pluralismo y en el que la noción de socioafectividad habría venido a tensionar, complejizar y, a la par, ampliar más aún.

Más allá de estas actualizaciones e interacciones con otras nociones, lo cierto es que la solidaridad familiar constituye la base o fundamento jurídico-humano por el cual la ley establece ciertos límites y/o derechos y deberes en favor de ciertas personas con quienes se mantiene una relación familiar, en especial, las que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad que pasamos a sintetizar en el próximo apartado cuan dominó en el que se mueve una pieza y se modifican otras.

2.4. Vulnerabilidad

La vulnerabilidad o vulnerabilidades en plural para ser más precisos en la pluralidad de situaciones que pueden dar lugar o configurar este término, constituye un elemento clave para dimensionar y analizar la conflictiva jurídica que se trate desde el obligado enfoque de derechos humanos. En este marco, es posible que una disposición legal sea constitucional, pero cuando ella es confrontada con la realidad atravesada por fuertes carencias, debilidades o complejidades, pueda resultar injusta. ¿La razón? Es que las normas suelen estar pensadas en un contexto de igualdad, sin embargo, hay una gran cantidad de categorías que son básicas para repensar esa noción como la edad, el género, la raza, las condiciones materiales, entre otras que obligan a repensar esa igualdad y a requerir del sistema jurídico respuestas más acordes a la realidad o conflictiva planteada.

Para avanzar sobre la vulnerabilidad y su lugar protagónico en el derecho contemporáneo —también en el campo del derecho de las familias— es factible traer a colación las denominadas «Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la justicia de las Personas en Condición de vulnerabilidad», actualizadas en la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana en abril de 2018, Quito-Ecuador, en que —justamente— se exponen las diversas situaciones de vulnerabilidad desde la óptica o la preocupación por el acceso a la justicia.

En este documento que algunos tribunales como la Corte Suprema de Justicia de la Nación han adoptado por acordada (n.º 5/2009), establece en su 2.ª sección dedicado a conceptualizar a «las personas en situación de vulnerabilidad» que:

(3) Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas-culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

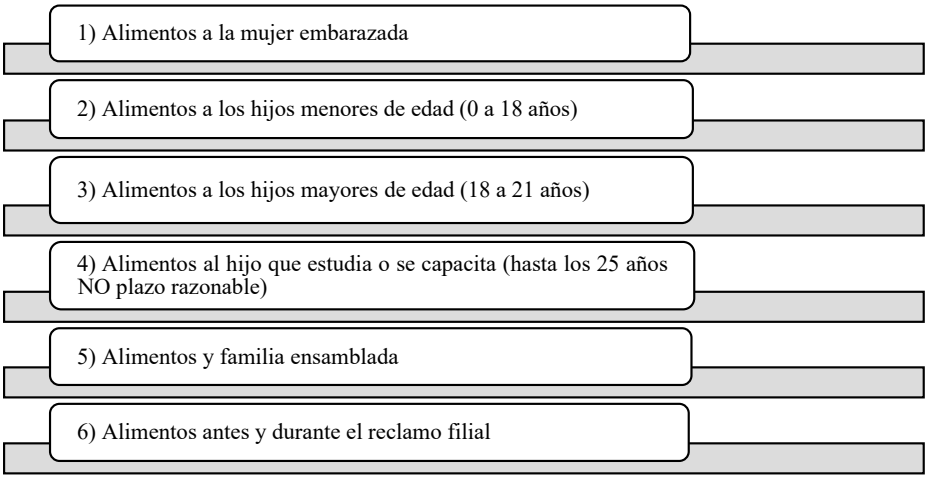
¿Cuál es el interés de la noción de vulnerabilidad en las obligaciones alimentarias? Al respecto, es factible recordar que también se la denomina asistencia material y que constituye un derecho humano que interactúa con el derecho a la calidad de vida y a una vida digna. Así, los alimentos de progenitores e hijos(as) constituyen un deber *sine qua non* para los primeros, en cambio cuando estos llegan a la mayoría de edad, tal obligación podría ceder en algunos supuestos —cuando los(as) hijos(as) cuentan con la posibilidad de proveerse su sustento económico— o, incluso, extinguirse el derecho alimentario en el marco de las relaciones familiares excepto situaciones de extrema necesidad, es decir, de vulnerabilidad.

3. Alimentos y relación p/marental: un enfoque contemporáneo

3.1. Introducción

Concentrados en la obligación alimentaria en el ámbito de la responsabilidad parental, es decir, vinculado a la relación entre progenitores e hijos(as), este encierra diversos supuestos a la luz de lo previsto en el Código Civil y Comercial argentino tal como se refleja en el siguiente gráfico:

Figura 5
Obligación alimentaria vinculado a la relación entre progenitores e hijos(as)



Si bien excede los objetivos de este ensayo ingresar en el análisis de cada una de estas causas de la fuente alimentaria en lo vinculado a la relación paterno-filial, lo cierto es que en el ámbito donde más ha tenido repercusión, interés y ha obligado a revisar ciertas reglas tradicionales de la obligación alimentaria ha sido en este campo de la responsabilidad parental. Ha sido aquí en el que la solidaridad familiar y la socioafectividad han tenido un peso determinante para revisar ciertas situaciones en el que la regulación debía ponerse en jaque y es aquí en el campo que nos concentraremos, no sin antes exponer algunos avances y modernización hábiles para desplegar un

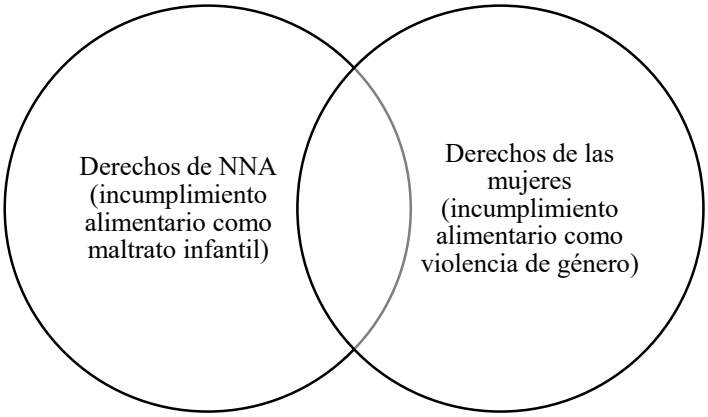
enfoque contemporáneo como lo es avizorar que el incumplimiento alimentario hacia los hijos(as), en general, por parte de los progenitores varones no convivientes, no solo constituye una situación de violencia o maltrato hacia estos, sino también una violencia económica de género contra la mujer/madre en quien recae, en definitiva, la carga de hacerse responsable del cuidado y alimentación de los(as) hijos(as), debiendo ella resignar su desarrollo personal y profesional. Esta mirada ha tenido en los últimos tiempos un lugar central para repensar la cuestión alimentaria cuando involucra a niños, niñas y adolescentes de allí que merece un apartado propio.

3.2. Incumplimiento alimentario y violencia económica de género

La interdependencia de los derechos humanos nos obliga a tener una mirada sistémica e interseccional sobre la gran mayoría de los problemas que atañen a las relaciones de familia. Justamente, se trata de relaciones, de interacciones en el que no solo es importante lo individual de cada extremo del vínculo, sino la propia dinámica que genera tal vinculación. Es por ello que no se trata de confrontar el enfoque de infancia con el de géneros sino, por el contrario, de advertir la riqueza que proporciona cada uno de ellos a tal punto, en algunos conflictos, entender su complementariedad y así dimensionar las diversas facetas que encierra una problemática como lo es la obligación alimentaria y, en partir, su incumplimiento cuando involucra a personas menores de edad a quienes les cabe un plus de protección al tratarse de personas en pleno desarrollo madurativo y la aludida vulnerabilidad que los atraviesa.

Desde esta óptica, hace tiempo que se viene observando el siguiente esquema que amplifica la mirada y estudio sobre los alimentos en las relaciones de familia:

Figura 6
Alimentos en relaciones familiares



Tan es así que en Argentina la Dirección de Género del Ministerio de Economía que estuvo en el gobierno en el periodo 2019-2023, creó el denominado «índice de crianza» que como bien se ha conceptualizado en un fallo del Juzgado de Familia n.º 5 de La Matanza de fecha 24 de noviembre de 2023:

> El «índice crianza» es un instrumento que permite contribuir a la organización y planificación familiar y a la gestión de los cuidados. Es un valor de referencia para saber cuánto destinan las familias a alimentar, vestir, garantizar vivienda, trasladar y cuidar niños, niñas y adolescentes. Su implementación estará a cargo del INDEC. Se trata de una herramienta que en materia de datos y estadísticas es pionera, ya que constituye el primer dato oficial de este tipo a nivel continental.
>
> [Asimismo], posibilitará prever la gestión y el costo de los cuidados. Por esto, resulta útil para distribuir los gastos de crianza de forma más igualitaria, especialmente en los procesos de separación de las parejas o luego de la separación. Además, permitirá fortalecer estrategias orientadas a la prevención de la violencia económica y a democratizar los cuidados desde una perspectiva de género.

Este índice se compone de un número integrado por dos variables: costo de bienes y servicios y costo de cuidado, diferenciándose en distintas etapas etarias —menores de un año, de uno a tres años, cuatro a cinco años y seis a doce años—, es decir, se concentra en la franja que según el CC y C se denomina niños(as) (artículo 25).

¿Cuál es la razón por la cual esta herramienta de medición podría ser de utilidad para dimensionar el valor económico del deber de contribución en el hogar si hubiera algún conflicto al respecto? En primer lugar, cabe recordar que el deber de contribución se relaciona con la valoración del trabajo en el hogar, tal como se lo explicita en el último párrafo del artículo 455 del Código Civil y Comercial argentino (CC y C) vinculado a la regulación del régimen de bienes en el matrimonio (por analogía a las uniones convivenciales en el artículo 520 del CC y C) y, también, en el artículo 660 del mismo cuerpo normativo que introduce un reconocimiento central desde la obligada perspectiva de género al disponer que «Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención». De este modo, la legislación civil toma nota que las políticas de cuidado siguen estando en cabeza, principalmente, de las mujeres y que esta realidad social debe trasladarse al analizar la obligación alimentaria. En otras palabras, que el cuidado y la dedicación al hogar que brindan las madres constituye el «pago en especie» a la obligación alimentaria que le cabe y, por ende, el otro progenitor deba ser quien abone una cuota alimentaria.

Regresando al índice de crianza que constituye una herramienta muy interesante en el campo de los alimentos y la responsabilidad parental, no solo se ocupa del costo de los bienes y servicios que insumen los(as) hijos(as), sino que también visibiliza el costo de los cuidados, siendo esto una de las grandes conquistas feministas en el ámbito del derecho de las familias.

Por lo tanto, dimensionar que el incumplimiento alimentario no solo constituye un maltrato hacia los(as) hijos(as), sino también una situación de violencia de género económica ha sido fundamental para amplificar y modernizar la mirada sobre los alimentos en la responsabilidad y, a la par, tomar nota sobre la gravedad de esta problemática

y la urgencia en la búsqueda de diferentes herramientas hábiles para mitigar esta violación de derechos humanos. Por ello, tal como se adelantó, resulta de interés comprender que el incumplimiento alimentario conculca el derecho a vivir una vida sin violencia, tal como lo regula de manera clara y precisa a nivel regional la Convención de Belém do Pará, es decir, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer aprobada por la Ley 24.632 y que hasta la fecha no ha podido lograr jerarquía constitucional según el trámite especial que prevé el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

3.3. Extensión de la obligación alimentaria a deudores «anómalos»

El CC y C adopta como base para regular los elementos estructurales de la obligación alimentaria el título referido al parentesco, por lo tanto, en principio se aplican las reglas generales que allí se establece, excepto que, al dedicarse a la responsabilidad parental, el matrimonio o las uniones convivenciales se disponga otra cuestión, por lo tanto, ahí aplica el régimen especial sobre el general.

Entones, al referirse a los alimentos derivados del parentesco, dispone en el artículo 537 del CC y C que:

> Los parientes se deben alimentos en el siguiente orden:
>
> a) los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado;
> b) los hermanos bilaterales y unilaterales.
>
> En cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado.

Agregándose en el siguiente artículo 538 que «Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos los que están vinculados en línea recta en primer grado».

La obligación alimentaria por ascendientes, en particular, los(as) abuelos(as) será abordado más adelante para señalar algunas particularidades. Ahora bien, en lo relativo a los alimentos entre parientes, es sabido que se trata de una obligación alimentaria subsidiaria siempre cuando compromete a personas mayores de edad. El interrogante clave acontece que sucede cuando los destinatarios son personas menores de edad y a la luz del mencionado artículo 27 de la CDN que alude de manera general «u otras personas encargadas del niño», sin realizarse una enumeración o «jerarquía» de obligados, excepto con relación a los progenitores que son los obligados principales. Esto ha abierto un debate en la doctrina y jurisprudencia argentina en torno a si es posible establecer una cuota alimentaria a cargo de un familiar que no sea los que están expresamente mencionados en los artículos 537 y 538.

Al respecto, es interesante traer a colación lo resuelto por la Sala Primera Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú, Entre Ríos, en fecha 26 de mayo de 2022 en el que se hizo lugar al reclamo alimentario contra el tío paterno. Aquí, en primera instancia, se había rechazado tal pedido fundado en la interpretación literal del artículo 537 y así concluir que «el orden legal de los sujetos activos y pasivos del derecho/obligación a prestar alimentos […] no alcanza a los tíos o sobrinos». Esta sentencia es apelada y el caso llega a la Cámara que revoca fundado en los siguientes argumentos:

- Que era desacertada la premisa sentencial relativa a que la ausencia de previsión legal vedaba el reclamo, siendo que tenía sustento en la solidaridad familiar entre parientes, y que debía considerarse la actitud del progenitor y la realidad económica de la madre, como la ausencia de abuelos paternos, y de hermanos mayores a quien reclamarle.
- Ciertamente el artículo 537 del CC y C no incluye de modo expreso a tíos y sobrinos en la enumeración de los parientes que se deben asistencia recíproca, pero su descripción no es taxativa, sino enunciativa y debe interpretarse teniendo en cuenta los principios de solidaridad familiar y el interés superior del niño.

- La solidaridad familiar es un principio general del derecho de las familias que junto al interés superior del niño otorgan fundamento suficiente para que el tío, como integrante de la familia, responda por los alimentos de su sobrino menor de edad.
- Insisto con que la ampliación de los legitimados pasivos se justifica en el caso conforme a los principios referidos, en función de la plataforma fáctica constatada esto es: el progenitor obligado principal ha sido renuente, el cuidado lo ejerce la progenitora afectando sus escasos ingresos, es la abuela materna quien les brinda la vivienda y recursos complementarios, y no hay otros abuelos ni hermanos.
- Atendiendo el carácter subsidiario de la obligación en estudio, y que no expuso el accionado que exista un pariente más próximo o en mejores condiciones para procurarle alimentos a su sobrino, estando acreditado que el obligado principal no cumple con la cuota alimentaria, cubriendo la abuela materna lo que está a su alcance, resultaba procedente el reclamo contra el tío paterno.

Este fallo observa un voto en disidencia del magistrado Portela que también se expide en favor de la obligación alimentaria por parte del tío paterno sobre la base de otro razonamiento que lo conduce a considerar que el artículo 537 es inconstitucional al sostener:

- Que el artículo 537 del CC y C, por cuanto no contempla la posibilidad de que un menor pueda reclamar alimentos a quienes conforman lo que se conoce como la «familia ampliada» es inconstitucional, ya que limita de modo injustificado el ejercicio de un derecho que los tratados y convenciones internacionales contemplan; y esta circunstancia no la entiendo pasible de ser salvada mediante la interpretación del concepto de solidaridad familiar.
- El magistrado de primera instancia concluyó si bien la progenitora en ejercicio del cuidado personal de su hijo se encuentra legitimada para el reclamo alimentario en favor del menor

a su progenitor biológico, porción de la sentencia a la cual se accede, lo cierto es que su propio nivel de ingresos y organización montada con su familiar nuclear imposibilita, en la actual coyuntura, extender la obligación alimentaria a un pariente que conforme legislación interna no se encuentra alcanzado. […] según interpreto, lo que el magistrado dijo es que el esfuerzo de F, por rendir frutos, no justifica extender la obligación a tío paterno. Creo que es un pronunciamiento que carece de perspectiva de género.

- De tal modo, entiendo que el razonamiento del magistrado, por considerar que corresponde eximir a M debido a que el esfuerzo de F logra el cometido de alimentar a B, si bien lógico, es injusto. El costo de lograr ese cometido es el sacrificio personal de F a un grado que no puede admitirse, ya que carece, […], de vida propia, derecho humano relacionado con la dignidad personal. Si bien es una realidad que la señora F no es la primera mujer que cría sola un hijo ni será la última, lo cierto es que se cuenta con la posibilidad de mejorarle un poco su vida a un costo relativamente bajo, como es mediante la participación de M en la crianza de su sobrino. Por lo tanto, propone declarar inconstitucional el artículo 537 del CC y C y revocar la sentencia de primera instancia.

Por lo tanto, más allá de los diferentes modos de razonar, lo cierto es que ambos caminos conducen a la misma solución: hacer lugar al pedido de extensión de la obligación alimentaria a un pariente que no es lo que está expresamente reconocido como obligado en la legislación civil vigente, destacándose que ambos colocan en el centro de la escena el principio de solidaridad familiar, sin entrar a indagar la existencia o no de socioafectividad entre el sobrino y el tío paterno.

3.4. Un supuesto especial: guarda, socioafectividad y adopciones frustradas

Uno de los conflictos más álgidos y complejos que se observa en el campo de la adopción compromete las denominadas «devoluciones» mostrando a través de este término que los(as) niños(as) siguen

siendo considerados en la práctica como objetos y no como sujetos de derecho o, desde un término más preciso «procesos excluyentes», es decir, situaciones en los cuales se comenzaron las vinculaciones con los futuros progenitores adoptivos y estos al tiempo se arrepienten o deciden no continuar con el proyecto adoptivo. ¿Qué impacto tiene esto o qué incidencia en el campo de los alimentos destinados a las personas menores de edad?

Es claro el impacto que ello tiene para los niños, las niñas y los adolescentes que se ven expuestos a reactualizar situaciones de fracasos y abandonos en el proceso hacia la generación de nuevos vínculos familiares. ¿Qué consecuencias jurídicas se derivan de estas situaciones de extrema vulnerabilidad? Al respecto, en algunas ocasiones la justicia argentina ha reconocido obligación alimentaria en favor de estos(as) niños(as) por parte de los exguardadores para adopción a los fines de que el impacto de tal interrupción del proceso de adopción tenga el menor impacto negativo en sus vidas. Básicamente, que puedan continuar yendo al colegio que iban, o mantener la cobertura médica por un tiempo, por ejemplo.

El primero de los precedentes que se animó a construir una solución jurídica que no se encuentra expresamente prevista en la ley en atención que no se puede regular situaciones que no deberían darse en la realidad, es el caso resuelto por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Martín Provincia de Buenos Aires, de fecha 29 de septiembre de 2015 que se inicia con una acción interpuesta por los, hasta ese momento, guardadores con fines adoptivos de dos niños de ocho y doce años de edad, por medio de la cual solicitaban —luego de un periodo de cinco años en el que ejercieron el cuidado y atención de los niños— el cese de la guarda y el desistimiento de la petición de adopción plena.

El tribunal, si bien hizo lugar a ambos requerimientos y los niños fueron reintegrados a la provincia de Corrientes de donde eran oriundos, dispuso a favor de ambos la fijación de una cuota alimentaria y el mantenimiento de la obra social que, hasta ese momento, tenían, ya que el «cese de la manutención económica ocasionaría un daño en la vida de los niños que durante casi cinco años cubrían sus necesidades

y si bien los alimentantes no son padres biológicos ni adoptivos, se los puede considerar padres solidarios o progenitores afines justificado en la solidaridad familiar». Reparándose, así, en la realidad socio-afectiva que habían detentado durante varios años esos niños como generadora de responsabilidad y aplicando analógicamente la figura del progenitor afín del CC y C, artículo 676.

Esta situación excepcional también habilitaría la posibilidad de solicitar la reparación de daños, tal como se lo esgrime en el fallo al decir que:

> mientras los niños se encontraban al cuidado de los ahora apelantes, han perdido la posibilidad objetiva de poder ser parte de otra familia que los acoja, siendo que es de público conocimiento la gran cantidad de personas que se encuentran inscriptas en el registro central de guardadores con fin de adopción que planean adoptar un niño.

Una lógica similar es seguida por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en un fallo del 6 de abril de 2016. En este caso, se trata de guardadores con fines de adopción de una adolescente de quince años a quien dejaron en la sede del Servicio de Protección de Derechos, alegando insuperables problemas de convivencia y decidiendo abdicar de la guarda. En este contexto, dicho servicio adoptó una medida de abrigo respecto de la adolescente y, al remitirla a sede judicial para su control de legalidad, solicitó la fijación de una cuota alimentaria provisoria a cargo de los exguardadores, la designación de un abogado del niño y el apartamiento de las autoridades judiciales intervinientes, ya que se sostuvo que no habían garantizado la protección de los derechos de la adolescente. Al respecto, la corte resolvió hacer cesar la intervención de las autoridades judiciales asignando nuevas competencias y se ordenó que se provea de inmediato la pretensión alimentaria alegada, fijándose una cuota correspondiente, y que se adopten las medidas de protección necesarias.

En consecuencia, el tribunal interviniente, en cumplimiento del imperativo de la corte provincial de fijar inmediatamente una cuota alimentaria, fundó la responsabilidad de los exguardadores en la comprobación de la existencia de trato familiar, pues:

> A partir de ello, llegó a la conclusión de que mantener la prestación alimentaria, tal como se asumió en la guarda, es una consecuencia natural de las decisiones tomadas por los adultos. Lo contrario significa desproteger al niño y privilegiar a los adultos premiándolos en su irresponsabilidad.

En estos casos se aplica por analogía la obligación alimentaria que recepta el CC y C en favor de los progenitores afines fundado en la noción de socioafectividad. Aquí el comienzo de la vinculación adoptiva generó no solo una expectativa en estos niños y adolescentes, sino también una relación afectiva con la responsabilidad que genera; de allí que ante la deserción en la decisión de adoptar con la consecuente vulnerabilidad que se deriva, obliga al sistema judicial a apelar a la socioafectividad hasta ese momento generada como causa fuente de la obligación alimentaria. Aquí se abre el debate sobre la temporalidad de dicha obligación alimentaria a cargo de los exguardadores. Al respecto, algunos precedentes han adoptado que la obligación alimentaria lo sea por el mismo tiempo que duró la guarda, es decir, el vínculo socioafectivo y otros precedentes, hasta que el niño o la niña vuelva a insertarse en otra familia a través de un nuevo proceso adoptivo.

3.5. Otro supuesto especial: impugnación de la paternidad y continuación de la obligación alimentaria

Otra situación excepcional que entrecruza alimentos en favor de personas menores de edad y socioafectividad por fuera de los límites que recepta la legislación vigente, es el supuesto de desplazamiento filial en el que la sentencia que hace lugar a tal extinción del vínculo dispone, a la vez, el mantenimiento de la obligación alimentaria o de cierta prestación asistencial en favor de quien ya no es más hijo desde el punto de vista jurídico por efecto de tal impugnación filial.

El primero de los fallos que abrió el camino en esta tesitura fue dictado por la Cámara Segunda Civil y Comercial Sala 3 Paraná en fecha 20 de febrero de 2017.

Se trata de una acción de impugnación del reconocimiento en la que se hace lugar al planteo, pero se mantiene la obligación de mantener la cobertura médica por parte de quien fuera hasta ese momento el padre jurídico. De manera harto sintética, la jueza de oficio ordena el mantenimiento de la afiliación de la niña en la obra social. El actor apela la resolución, alegando que como la sentencia lo desplaza del vínculo filial no pesaba sobre él obligación alguna. Al correrse el debido traslado a la madre de la niña, esta propicia que se mantenga la decisión en crisis, misma lógica que sigue el Ministerio Público de la Defensa. Por el contrario, el Ministerio Público Fiscal dictaminó a favor de la revocación, en el mismo sentido que lo hizo el apelante.

El caso llega a la Cámara que confirma en lo que importa la sentencia, pero introduce algunas modificaciones al delimitar el alcance de la medida, ajustando sus términos, en el sentido de la subsidiariedad y provisoriedad de la obligación alimentaria del padre aparente. En este punto, dispone que en primera instancia se deberá establecer el plazo prudencial de cumplimiento de la medida, para que la madre y el padre por naturaleza se hagan cargo en forma exclusiva de la obligación. ¿Cuál es el principal argumento legal para esta decisión? La aplicación analógica del supuesto previsto en el artículo 676 del CC y C dedicado a los alimentos entre progenitores e hijos afines.

A los fines de comprender con mayor precisión lo que se decide en el caso y más allá de que este articulado será materia de análisis en un apartado autónomo dedicado a los alimentos en las familias ensambladas, es factible adelantar que dicho artículo 676 dice: «La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia». Tras ello se agrega que la excepción, es decir, el mantenimiento de la obligación alimentaria de manera temporal a pesar de la ruptura de la pareja y la consecuente extinción de la convivencia es posible:

> si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia.

En este paralelismo interesante que recepta la Cámara siguiendo la postura adoptada en otros precedentes en los que también se ordena mantener determinadas obligaciones en beneficio de una persona menor de edad con quien se mantuvo una relación afectiva como la sintetizada en materia de frustración de un proceso adoptivo, se expone que:

> el recurrente no puede de modo instantáneo apartarse de quien ha sido en los hechos su hija durante años. Sin perjuicio de ello, cabe tener presente que serán la madre de la niña y el padre biológico de la niña quienes en un tiempo prudencial deberán asumir la exclusiva responsabilidad sobre esta. Es que el mantenimiento del actor en la cobertura social que atienda las necesidades de la niña dispuesta en la sentencia de grado es necesariamente subsidiaria y provisoria, como surge del rol que le toca desempeñar y analógicamente del artículo 676, Código Civil y Comercial; por lo que en la instancia de grado oportunamente se deberá establecer la duración que la medida dispuesta tendrá.

¿Sería posible disponer la continuación de un vínculo filial al solo efecto de que un niño sea mantenido en una determinada obra social? Es claro que no se puede defender un vínculo filial solo para que se mantenga subsistente un derecho deber de tinte patrimonial con directa connotación personal como acontece con los alimentos y también podría ocurrir con la vivienda. Ahora bien, el modo provisorio y subsidiario en el que el CC y C regula el especial supuesto de alimentos entre progenitores e hijos afines ha sido una herramienta legal de gran relevancia para dar respuesta a otras situaciones fácticas un

tanto diferentes a la cual se plantea en la propia normativa. Ello no le quita mérito ni fuerza al artículo 676, todo lo contrario, permite vislumbrar las virtudes de interpretaciones fundadas en nociones dinámicas como la socioafectividad; en especial, cuando están comprometidos derechos de personas menores de edad en situaciones de extrema vulnerabilidad además de la propia por su minoría de edad.

También, merece destacarse la construcción legal convencional-nacional que se realiza en el fallo al afirmarse que:

> se evidencian dos fuentes convencionales y legales que permiten sostener tal resolución: una derivada del sistema protectorio de la niñez y otra de la tutela de la discapacidad, viniendo en este caso a conjugarse de tal forma que se potencian en un doble paraguas protector. Así, por un lado, la Convención sobre los Derechos del Niño menciona la figura de los guardadores, como aquellas personas que cuidan del niño, o que sean responsables de su mantenimiento (Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 23, 26 y 27); y, por otro lado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por la que los Estados partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, y especialmente, de los niños con discapacidad (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículos 4 y 7). Asimismo, existen normas nacionales en igual sentido aplicables al caso, como lo es la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26061 y su Decreto Reglamentario 415/2006), que plasma un concepto amplio de familia, comprensivo de las personas vinculadas a los niños a través de líneas de parentesco de consanguinidad o afinidad, con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad.

Pero el argumento más contundente e interesante en nuestra opinión al revalorizar una noción que debería ser central en el derecho de las familias es la alusión a la prevención. En este sentido, se asevera que:

> El Código Civil y Comercial de la Nación, ha consagrado de forma expresa el deber de prevenir los daños, como un deber incluso en cabeza de los magistrados. Por ello, no puede pensarse que haya un exceso de jurisdicción o de poder al haberse ordenado de oficio tanto a la madre biológica como al actor —cuya paternidad fue impugnada— que arbitrarán los medios tendientes a mantener y garantizar a la menor una cobertura de obra social que le permita afrontar las necesidades especiales de atención de su salud en virtud de la discapacidad que presenta, toda vez que, lo único que se ha dispuesto es que continúe con la obligación con la que cumplía hasta la fecha del inicio de las actuaciones. Por otra parte, cabe recordar que en Furlán de la CIDH señaló que el Estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no debe depender exclusivamente de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos. En el caso, el recurrente no demuestra ni argumenta razonablemente en donde radica el grave perjuicio a sus derechos, con la medida decretada, menos aún si se pondera la situación en que queda la menor. En definitiva, los deberes del recurrente para con quien hasta la sentencia era legalmente su hija, no concluyen, pues queda ahora igualmente alcanzado por el campo de irradiación de los deberes familiares, y por aplicación del principio general de no dañar a otro.

Este precedente ha tenido una gran cantidad de comentarios a favor. Al respecto, Fico y Kerszberg se refieren a la responsabilidad de los adultos en la maximización de los derechos de niños y adolescentes, responsabilidad que se deriva de la conducta que asumen los propios adultos. Por su parte, Galli Fiant afirma que:

> no se trata de la creación pretoriana de un deber alimentario, que como tal debería comprender lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario, asistencia médica y educación de la beneficiaria (CC y C, artículo 541). Es una prestación asistencial de objeto acotado a la cobertura de una obra social, no exclusiva en

> cabeza del progenitor desplazado, y transitoria. Y se puede hacer cumplir compulsivamente, como toda sentencia. En definitiva, implica la imposición de un sacrificio económico razonable con un beneficio significativo para la menor de edad con discapacidad.

Y concluye que «Esta respuesta jurisdiccional es un ejemplo de tutela judicial efectiva y actuación oficiosa, en el marco de una impugnación de la paternidad extramatrimonial» (Galli, 2017).

Por su parte, Guilisasti (2017) destaca del voto de la magistrada Marrama «una cuestión compleja: el rol del juez y la función preventiva» y resaltando que al respecto se «realiza una exhaustiva apreciación del llamado activismo judicial en manos del juez con responsabilidad social [...]. El principio de congruencia cede ante cuestiones que revisten interés público, cuestiones que escapan al ámbito de aplicación del principio dispositivo»; y en este mismo sendero, considera que:

> la medida judicial no tiende a evitar la reparación de daños en perjuicio de terceros absolutamente ajenos al proceso (lo que hubiese puesto en tela de juicio el principio de congruencia externo subjetivo), pero la consideramos mandato preventivo en tanto, de oficio, se sacrifica el principio dispositivo y de congruencia procesal externo objetivo en cuanto a las peticiones de las partes, ordenando la continuidad de una cobertura de salud por ellas no peticionada.

Otro de los aspectos que destaca la autora en su comentario a fallo gira en torno a la limitación que impone la alzada a la obligación de cobertura fundado en el paralelismo que se hace a lo dispuesto en el artículo 676 del CC y C. En este sentido, afirma que:

> La modificación al fallo de primera instancia nos parece acertada, por las características del caso, dado que, de no haber dispuesto un tiempo para el cumplimiento de la obligación a cargo del actor, esta debería cumplirse sine die. En este aspecto, se destaca que no se hace referencia al conocimiento o no de la verdad biológica, por parte del padre desplazado, al momento de reconocer a la

> niña. Tampoco se tuvieron en cuenta las pautas de la mencionada norma, como el tiempo de convivencia o las condiciones del obligado. Por lo tanto, se ha considerado la situación objetiva de convivencia con la madre, más el hecho de haber reconocido y tratado como hija a A [...], para aplicar la figura del progenitor afín por analogía.

Un paso más se anima a dar De Lorenzi (2017) cuando de manera más general o profunda expone que el fallo le deja «una sensación agridulce» ya que más allá del acierto de la resolución, el caso:

> pone sobre la mesa un problema ya antiguo y lamentablemente estructural, como es la ausencia del Estado en la garantía de los derechos y prestaciones fundamentales de las personas. Es a costa de esta asumida discapacidad del Estado administrador que la justicia avanza hacia el reconocimiento de la pluralidad. Quizás sea hora de que vayamos dejando de desnaturalizar este pasotismo estatal y comencemos a exigir el cumplimiento de los compromisos asumidos, ¿es que acaso necesitamos otro Furlán en el haber?

De manera más actual y a los fines de dimensionar el avance que ha tenido el enfoque de géneros en el derecho argentino y su interacción con otros enfoques como el de infancia, es factible traer a colación un caso resuelto por el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de Villa La Angostura del 18 de diciembre de 2023. Se trata también de una acción de impugnación de la paternidad iniciada por la madre en representación de su hija menor de edad, en el que se alega que ella convivió con el demandado hasta mediados del 2010, con el que tuvo encuentros y desencuentros en su relación hasta que radicó denuncia por violencia familiar. Que de esa relación tuvieron dos hijos y que de la tercera hija quedó embarazada en un periodo de distanciamiento con el demandado, por lo tanto, esta tercera hija no sería del demandado. Durante la tramitación de proceso se realizó la prueba de ADN, la cual dio resultado negativo, es decir, excluyéndose la paternidad. Ahora bien, la jueza tiene en cuenta no solo la actitud reticente por parte del

demandado para la realización de la prueba genética, sino también la violencia sufrida por la actora y la tramitación existente de un proceso por alimentos. Al respecto, expone que:

> el hecho de que el Sr. S no se haya presentado a estar a derecho (sin perjuicio de haber sido notificado de la presente demanda) o no haya colabora proactivamente en el esclarecimiento de la identidad de la joven D es violencia y de hecho, es una muestra más de sus conductas sistemáticamente violentas, que responden a estereotipos prehistóricos de género en los cuales existe una preponderancia y jerarquización de lo masculino por sobre lo femenino, objetivizando a la mujer y aún con mayor gravedad si se trata de una niña o adolescente. La omisión del progenitor a colaborar con este proceso tendiente a esclarecer la verdad biológica de la joven, y el desinterés mostrado en el mismo sumado a la violencia que continuaba ejerciendo sobre sus hijas mujeres, es una conducta que no puede ser tolerada, puesto que posiciona la adolescente mujer en una posición de inferioridad y de control por parte de quien la reconoció legalmente como hija.

En este marco, la jueza considera que se debe equiparar al demandado —que hasta ese momento había sido el padre legal— a la figura del progenitor afín y proceder a fijar alimentos en favor de quien hasta la sentencia había sido hija, ya que:

> D es una adolescente (próxima a cumplir sus dieciocho años de edad) que se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad y desprotección, por el hecho de ser mujer, menor de edad y contar con escasos recursos económicos, a lo que debe adicionarse el proceso de duelo que transita desde el fallecimiento de su madre. En este contexto no resulta ajustado a principios de equidad que D sufra algún tipo de perjuicio como consecuencia del desplazamiento paterno que generará el acogimiento de la acción de impugnación de filiación. A su vez ponderó que las implicancias mismas de desplazar al Sr. S de la relación filial, lo

> posicionaría en un lugar de comodidad ya que —en principio— no tendría la obligación legal de responder por alimentos, pese a su accionar violento y negligente durante toda la historia vital de D. Entonces, ponderando las particularidades del caso, consideró que si bien la acción de impugnación de reconocimiento de filiación, a la que aquí se hace lugar, generaría —en principio— la extinción de las obligaciones alimenticias del Sr. S (artículo 658 del CC y C), no resultaría ello ajustado a una debida perspectiva [sobre] derechos humanos, de género y de infancia.

¿Qué significa aplicar por analogía la figura del progenitor afín? Revalorizar un vínculo jurídico y afectivo pasado como elemento de peso para sopesar los derechos en pugna. Por lo tanto, si bien se hace lugar a la impugnación de la paternidad, se fija una cuota alimentaria por el plazo de tres años equivalente al 50 % del mencionado índice de crianza, ordenando a un banco a que emita la tarjeta respectiva para que la destinataria pueda percibir esta acreencia.

Esta sentencia ha sido analizada de manera satisfactoria por Dracksler y Fernández (2024), quienes sostienen que:

> a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos, tanto la doctrina como la jurisprudencia dieron solución a las amplias situaciones que se presentaron en el marco de la socio-afectividad, entendida como la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; como lo afectivo logra un lugar de peso en lo social y como lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos […]. La posesión de Estado, como realidad sociológica afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos y para eso el ejemplo más evidente es la adopción.
>
> Siguiéndose esta línea de pensamiento, se concluye que:
> Si bien la impugnación de reconocimiento de filiación, generaría —en principio— la extinción de las obligaciones alimenticias

(artículo 658 del CC y C), debe apreciarse las particularidades del caso y ponderarse la trascendencia del derecho alimentario, ello en consonancia a una debida perspectiva [sobre] derechos humanos, de género y de infancia. Sabido es que el derecho alimentario es un derecho humano con rango constitucional derivado del derecho a la vida y la salud, contemplado en tratados internacionales de derechos humanos, incorporados a la Constitución Nacional después de reforma de 1994 (artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Por su parte, la perspectiva de género es un asunto de derechos humanos, obligatorio para los Estados y, en consecuencia, constituye un compromiso central de todo magistrado en cada una de sus resoluciones. La figura del progenitor resulta adecuada de aplicación analógica habida cuenta de que, si un cónyuge conviviente debe, luego de la ruptura, continuar con algunas de sus responsabilidades alimentarias cuanto más sucede en este caso con quien ha ostentado durante años el título de padre.

3.6. Alimentos y familia ensamblada

Como se adelantó, el artículo 676 del CC y C establece que los alimentos a cargo del progenitor afín son subsidiarios lo cual es pertinente porque es sabido que los obligados principales son los progenitores, y que tal deber se mantiene hasta que cese la convivencia. ¿La razón de ello? Una vez más aparece en escena la fuerza de la socioafectividad. Sucede que la convivencia constituye un elemento fáctico de suma importancia para desarrollar y también demostrar la existencia de vínculo afectivo derivado, justamente, del compartir el día a día. Por eso tal obligación se mantiene durante la convivencia entre progenitores e hijos(as) afines. Ahora bien, la norma también prevé una excepción fundada en la socioafectividad pasada o vivida en alianza con el principio de interés superior del niño y, por eso, dispone que:

> si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida

en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia.

La recepción de la obligación alimentaria subsidiaria se funda, en definitiva, en el principio de solidaridad familiar. ¿Si el progenitor afín realiza compras en el mercado para la provisión de alimentos para su hogar no es dable presumir legalmente que ello también beneficia a los hijos afines con quienes convive? La respuesta positiva se impone por aplicación del mencionado principio de solidaridad familiar cuan cimiento —entre otros— de la regulación de las relaciones de familia en el derecho argentino y, en general, del derecho de las familias contemporáneo. Ahora bien, como es subsidiaria, es entendible que prime la obligación de los progenitores por sobre este deber, más allá de la convivencia. ¿Y si se produce la ruptura de la pareja y, por lo tanto, se extingue la noción de progenitor e hijos afines?

Este interrogante es respondido por el artículo 676 al establecer como una situación excepcional que el exprogenitor afín pueda hacerse cargo de una cuota alimentaria, siempre que el cambio de situación —ruptura de la pareja— pueda ocasionar un grave daño al niño o adolescente siendo que el progenitor afín ya venía asumiendo una determinada obligación —por ejemplo, pago de la escuela o de la cobertura médica— mientras convivían y la ruptura intempestiva de la relación entre los adultos lo dejaría en una situación de vulnerabilidad. En estos casos, se podría solicitar la fijación de una cuota alimentaria transitoria en beneficio del hijo o hija afín. Veamos el siguiente ejemplo a los fines de comprender con mayor exactitud el supuesto excepcional que recepta la ley argentina. Una pareja tiene un hijo y, además, uno de los adultos tiene un hijo. Conviven los cuatro integrantes de la familia ensamblada en un hogar en el que ambas personas menores de edad —hermanos unilaterales— concurren a una escuela privada cuya cuota es abonada por el progenitor de origen de uno y progenitor afín del otro. Se produce la ruptura de la unión en pleno periodo escolar. ¿Es posible que, de manera intempestiva, el exprogenitor afín deje

de abonar esa erogación y el niño quede sin educación? Esta vez se impone la respuesta negativa. Quien venía sustentando esa erogación económica deberá sostenerla al menos, hasta la finalización del año lectivo a los fines de evaluar si los progenitores de origen pueden o no afrontar ese monto o, de lo contrario, realizar las gestiones pertinentes para el cambio a una escuela pública.

Como se ha venido analizando hasta la actualidad, el artículo 676 del CC y C habría tenido otro uso o destino al que se le ha asignado en la legislación civil al ser utilizado para reconocer alimentos en procesos adoptivos frustrados o al mantenerse tal obligación a pesar de la impugnación del vínculo filial. Ahora bien, de manera más reciente, en un caso resuelto por el Juzgado de Familia de Cipolletti en fecha 21 de agosto de 2023 se habría aplicado este articulado en estudio en los términos que allí fue previsto.

Los antecedentes del caso son los siguientes. Se presenta la Sra. M promoviendo acción de alimentos contra el Sr. R a favor de la niña N. Relata que la niña es hija de la Sra. V, su hermana y que la niña siempre vivió junto a ella y su pareja de entonces el Sr. R conformando una familia. La madre biológica de la niña la abandonó en el hospital ni bien dio a luz, y, en consecuencia, se les otorgó la guarda conjunta cuando N tenía tan solo dieciocho días de vida. Señala que el 1 de diciembre de 2014 falleció la progenitora de N y en la actualidad ella se encuentra separada de R, en virtud de hechos de violencia familiar, en la cual se ordenó la exclusión de hogar. En este contexto, inicia el pedido de alimentos a los fines de obtener una cuota alimentaria acorde que le permita llevar adelante los gastos de manutención y alimentación de N, siendo que ella se ocupa de la crianza de N hasta que alcance la mayoría de edad. Agrega que ella tiene carencias económicas para poder hacerse cargo de la manutención de N.

Que el demandado por alimentos, el Sr. R, también había sido guardador designado por sentencia judicial junto con la actora y quien mantenía un fuerte lazo afectivo con la niña hasta la separación de los adultos.

¿Qué contesta el demandado? Que la guarda conjunta se había extinguido y, por lo tanto, no había sustento legal para tal reclamo ali-

mentario. Que, desde el momento de la exclusión del hogar, la Sra. M se había ocupado de cortar todo contacto de él con la niña y que, por eso, no habría podido continuar participando de su crianza y vida cotidiana. Que no es el progenitor, tampoco el guardador, ni un pariente, ni progenitor afín, por lo cual no habría causa fuente para solicitar alimentos.

¿Qué dice el tribunal? En primer lugar, se refiere a la legitimación pasiva. Al respecto, se señala que, a los fines de brindar una respuesta a esta cuestión, corresponde valorar otros elementos, y entre ellos, se refiere de manera principal a la socioafectividad. En este sentido, se afirma que el demandado había asumido una conducta jurídicamente relevante, que consistió en tratar a N como hija suya, contribuyendo al sostenimiento económico del hogar, por ello «considero que mal puede posteriormente, producida la separación de hecho con su pareja, pretender el amparo de la ley de una actuación posterior incompatible con aquella», agregándose que «Cobra relevancia el reconocimiento de la socioafectividad en las relaciones familiares que ha dado lugar a la conformación de nuevas realidades familiares y origen a derechos y obligaciones entre sus miembros, y a su debido reconocimiento y amparo normativo». Es decir que:

> El Sr. R ha asumido el cuidado de N desde su temprana edad. En su oportunidad ejerció el cargo de guardador de la misma y ha desempeñado el rol de padre de crianza y del corazón de la misma. Desde que se produjo la separación de hecho con la Sra. M el Sr. R se ha desentendido de la obligación alimentaria, no aportando suma alguna desde entonces, en el entendimiento que desde la separación no tiene vínculo alguno con N, situación está que, de continuarse puede ocasionar grave perjuicio al desarrollo de la niña.
>
> En este marco fáctico y en cuanto al encuadre jurídico que:
>
> corresponde otorgarle a la obligación alimentaria en cabeza del Sr. R surge de su reconocimiento como figura de progenitor a fin

de N que regulado en el artículo 672 del CC y C, prescribe además en forma amplia, los derechos y deberes de los hijos y de los progenitores afines, entre ellos: la obligación alimentaria.

Sobre la subsidiariedad de los alimentos se sostiene que:

La obligación alimentaria carga no solo sobre el padre/madre que convive con su hijo menor de edad, sino también, sobre el progenitor no conviviente, de allí que la obligación alimentaria del progenitor afín es de carácter subsidiaria, por lo cual no deberá cumplir la obligación alimentaria, sino ante la ausencia o la imposibilidad, del obligado principal que es el padre o madre. Dado el carácter subsidiario de la obligación alimentaria, es que simultáneamente deberá acreditarse la necesidad y falta de medios para procurárselos por el obligado principal.

Focalizándose en que en este caso:

N no tiene filiación paterna y su progenitora ha fallecido, encontrándose desde que se produce la separación de hecho de los Sres. M y R, al cuidado exclusivo de la Sra. M quien no cuenta con los ingresos suficientes para cubrir sus necesidades, debiendo recurrir en ocasiones a la ayuda de familiares.

En lo que respecta al carácter transitorio de los alimentos enmarcados en el artículo 676 del CC y C se expresa:

Si el vínculo matrimonial o la convivencia se ha disuelto, la obligación alimentaria del progenitor afín subsistirá si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño o al niño o adolescente alimentado y él había asumido el sustento del hijo del otro. Puede fijarse una cuota asistencial transitoria, cuya duración definirá el juez tenido en cuenta la capacidad del alimentante, las necesidades del niño y el tiempo de convivencia, parámetros que deberá valorar a la hora de determinar la misma.

Por lo tanto, se destaca que en este caso existió una convivencia efectiva mantenida entre la niña y el Sr. R de aproximadamente de once años y que la niña presenta un retraso madurativo, destacándose así el «doble manto de protección jurídica: ser persona menor de edad y con discapacidad». Por ende, se resuelve hacer lugar a la demanda y fijar una cuota alimentaria equivalente al valor del 20 % del salario mínimo vital y móvil, la cual se debe actualizar —dato no menor en épocas de tanta inflación como la que acontece al momento de dictar el fallo en la Argentina— conforme el aumento que vaya sufriendo dicho salario mínimo hasta que la niña adquiera los veintiún años.

Como se puede advertir, si bien la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, en el derecho argentino la obligación alimentaria subsiste hasta los veintiún años, de allí la extensión dispuesta en el fallo en análisis.

3.7. Medidas ante el incumplimiento: flexibilidad legal

También, excede con creces los objetivos del presente ensayo profundizar sobre las diferentes medidas hábiles para lograr el efectivo cumplimiento alimentario en el caso de involucrar a personas menores de edad que es el grueso —teórico como práctico— de la obligación alimentaria en las relaciones de familia; ahora bien, ha sido tal el grado de avance o la creatividad que se ha observado en este campo que amerita dedicarle un apartado a sintetizar el estado del arte en esta materia.

Veamos, el CC y C dispone en su artículo 553 dedicado a «Otras medidas para asegurar el cumplimiento» que «El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia». Esta normativa fue en su momento muy criticada por algunas voces doctrinarias al considerar que se adoptaba un criterio demasiado flexible y que el legislador no se animaba a enumerar las medidas posibles que se podrían adoptar ante tal vulneración de derechos como encierra el incumplimiento alimentario. A casi diez años de la puesta en vigencia del CC y C, fácil se puede concluir que esta postura amplia adoptada ha sido central para que en este marco se pudiera plantear y disponer

medidas de diverso tenor, complejidad e impacto, desde la realización de trabajo comunitario, la quita o suspensión del carnet de conducir, la prohibición de ingresar a un estadio de fútbol o a un club o a un recital de un grupo de música que fuera importante para el deudor alimentario, hasta las medidas más clásicas como embargo, inhibición general de bienes o prohibición de salida del país, entre otras.

A los fines de cumplir con el objetivo de la actualidad o actualización en la materia, se sintetizan dos precedentes que imponen medidas que siguen la lógica novedosa o innovadora que inspira el citado artículo 553 del CC y C.

El primero es un fallo del Juzgado de Paz, Saladas, provincia de Corrientes del 7 de septiembre de 2023 en el que se ordena a la Dirección Provincial de Energía de Corrientes que incorpore en la facturación mensual del servicio de luz de titularidad del obligado alimentario:

> un cargo en concepto de cobro de cuota alimentaria, equivalente al 16 % del salario mínimo, vital y móvil (SMVM) vigente al momento de la liquidación, y una vez abonada la factura de parte de la persona referida, proceda a retener y transferir el monto correspondiente, a la cuenta bancaria abierta a la orden de este proceso.

También, ordena a la Comisión Vecinal de Saneamiento que incorpore en su facturación mensual del servicio de agua otro 16 % del salario mínimo, vital y móvil, es decir, el mismo monto, pero a retener y transferir por parte de esta otra empresa que presta otro servicio, el de agua. Por lo tanto, la cuota alimentaria se podría obtener del «sobreprecio» que se cobre de las facturas del servicio de luz y agua, obligándose a estas empresas a que depositen en una cuenta bancaria en favor del acreedor alimentario, la mitad cada uno de la cuota alimentaria fijada.

El otro fallo es más reciente, del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia n.º 4 de Corrientes capital, de fecha 15 de febrero de 2024, en el que se había procedido a fijar otras medidas conminatorias, las cuales no habían sido efectivas a los fines del cobro alimentario como

ser la inhabilitación del carnet de conducir, por lo tanto, al entender que se debía dictar «una medida que logre conmover la conducta adoptada y le permita tomar conciencia de la imperiosa necesidad de sus hijos de recibir el dinero para solventar los gastos diarios como ser alimentos, vestimenta, útiles escolares, esparcimiento, etcétera» y con el objetivo de remover «todos los obstáculos y tomando en consideración las particulares condiciones y retos que enfrentan los niños en cada una de las etapas vitales en el goce de sus derechos para el acceso a una vida digna», se dispuso prohibirle al demandado que desfile en una comparsa «hasta tanto se acredite en esta causa el pago total de los alimentos provisorios adeudados», para lo cual se dispone librar oficios al titular del corsómetro y a los organizadores de los carnavales correntinos 2024.

Como se puede observar, normativas flexibles como la disposición en análisis muestran una doble virtud, no solo la posibilidad de abarcar la gran cantidad de situaciones que se pueden dar en cada caso, como bien se podría decir de manera coloquial «cada uno sabe dónde la aprieta el zapato» y, de allí, la importancia de dictar medidas acordes con la realidad personal y laboral de cada deudor alimentario, sino también valorar la creatividad y el necesario conocimiento sobre dicha realidad por parte de los abogados que patrocinan demandas de alimentos.

4. Entrecruzamiento temático: alimentos, parentesco y la especial situación de los abuelos y las abuelas

En materia alimentaria que compromete a personas menores de edad, es decir, en el marco de la responsabilidad parental, los esfuerzos se focalizan en torno a los progenitores en su calidad de principales responsables. Ahora bien, es sabido que no son los únicos y los que aparecen en segundo lugar en la escena son los abuelos. Al respecto, es amplia a esta altura los estudios teóricos y jurisprudencial en esta temática que también excede los objetivos de este ensayo profundizar al respecto. Lo cierto es que como aquí se pretende redimensionar el

lugar que ostenta el principio de solidaridad familiar en los alimentos, nos parece interesante traer a colación una conflictiva en particular. Qué sucede cuando los abuelos presentan una situación de extrema vulnerabilidad, la cual se suma a la vulnerabilidad propia derivada de la edad y de su complicación en la inserción laboral o la deficiencia del sistema jubilatorio que observan varios países cuyo monto a duras penas llega a cubrir las necesidades básicas de los propios adultos mayores.

El artículo 668 del CC y C se refiere al «Reclamo a ascendientes» y en esa tónica, dispone que:

> Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado.

Como se puede observar, no es lo mismo ser padre que abuelo, por lo tanto, el principal obligado es el primero y los segundos también les cabe un lugar subsidiario. Ahora bien, en el CC y C tal subsidiariedad de fondo, no impide que se pueda admitir que en el proceso de alimentos en el que se reclama la obligación al progenitor, también se solicite su extensión ante la imposibilidad o dificultad de cobro a los abuelos en ese mismo trámite, sin la necesidad de que se deba iniciar un nuevo proceso directamente contra uno o más abuelos de manera autónoma con el impacto negativo en su cobro de un derecho en el que la urgencia en su cumplimiento constituye un factor central y clave en cuanto derecho humano a una calidad de vida digna.

Ahora bien, aquí nos concentramos en un precedente, el dictado por la Sala III de la Cámara Civil y Comercial de San Juan el 21 de octubre de 2022, que involucra un reclamo alimentario contra abuelos paternos quienes se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad. Básicamente, se trata de una adolescente cuyos padres acordaron una cuota alimentaria en un convenio que había sido debidamente homologado y cuyo progenitor incumple de manera parcial al entregar

montos de menor cuantía a lo pactado. Ante esta situación, la madre en representación de su hija solicita la fijación de alimentos provisorios contra los abuelos que significan un 35 % del haber jubilatorio.

En primera instancia se rechaza el incidente fundado en la edad avanzada de los demandados 86 y 82 años y en las enfermedades irreversibles acreditadas durante el trámite del proceso. Esto es confirmado por la Cámara al considerar que la edad como las enfermedades:

> son elementos que resaltan la calidad de vulnerables de los demandados. Las Reglas de Brasilia contienen una consideración especial a la vulnerabilidad por edad. La Regla seis establece: «El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia». Además, esta condición de vulnerable de las personas mayores puede verse fuertemente potenciada por inconvenientes de salud, económicos o culturales que agraven su situación.

Este tipo de conflictos permiten advertir la tensión que generan distintas vulnerabilidades y la importancia de sopesar los derechos en pugna como ejercicio interpretativo básico para decidir sobre el principio de solidaridad familiar en acto, es decir, en cada caso.

5. Conclusiones

Como se suele decir, el tiempo es tirano y el espacio también. Por ello, aquí se ha pretendido brindar un panorama general sobre el tema en estudio a través de conflictos no convencionales que navegan por las aguas de la obligación alimentaria y las relaciones de familia, en particular, cuando se encuentran comprometidos derechos de niños, niñas y adolescentes, advirtiéndose el rol central que ostenta el principio de solidaridad familiar en alianza con el de socioafectividad y vulnerabilidad.

Seguramente han quedado otros nudos críticos para profundizar como son aquellos vinculados con la vivienda que integra el contenido de los alimentos y, por lo tanto, la interacción o vinculación entre ambos es innegable. En esta línea argumental, también se abriría el juego a otros derechos que tienen vinculación o impacto con la obligación alimentaria como lo son las pensiones por discapacidad u otro tipo de beneficios públicos ante otras situaciones de vulnerabilidad que coadyuvan o complementan la obligación alimentaria a los fines de satisfacer el mencionado derecho a una calidad de vida digna. De allí la relevancia de profundizar sobre los alimentos a los hijos con discapacidad, los cuales observarían ciertas particularidades en el que el principio de solidaridad familiar no solo estaría presente, sino que se vería —o debería ser— redimensionado.

En definitiva, se trata de actualizar debates y profundizar análisis sobre temáticas dinámicas y en constante transformación que encierran un particular interés en momentos socioeconómicos complejos y graves como el que está atravesando Argentina en el momento de redactar el presente ensayo. Por ello, aquí se esgrime una fuerte crítica al caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 20 de febrero de 2024 que compromete un planteo sobre la posibilidad o no de actualizar cuotas alimentarias en el marco de la ley de indexación. Aquí por mayoría se remite a los fundamentos del dictamen del procurador fiscal que datan del 19 de agosto de 2020, es decir, la máxima instancia judicial federal decide una cuestión alimentaria que compromete a personas menores de edad de tres años y medio después sin ponerle fin, en atención a que se decide la remisión del caso a primera instancia para que proceda a fijar la cuota debiendo utilizar «un mecanismo destinado a preservar en el tiempo el valor adquisitivo de la cuota alimentaria fijada». Precisamente, por el extenso lapso transcurrido que, en materia alimentaria en favor de personas menores de edad ello tiene un impacto mayor en clave de violencia institucional, el procurador fiscal no mencionó el índice a crianza ya que no existía a la época del dictamen; no así al momento de resolver la contienda por parte de la Corte Federal. ¿Puede la máxima instancia omitir, silenciar, desconocer una pauta de actualización central y contrada en los derechos de niños y niñas? La respuesta

negativa se impone, sin embargo, la realidad es la opuesta. ¿Acaso, si la cabeza del Poder Judicial de la Nación con el peso o valor jurídico que ostentan sus decisiones se toma tantos años para resolver no debería, de mínima, elaborar una muy buena pieza jurisdiccional que ponga fin al conflicto individual y, además, brinde pautas y estándares para evitar este tipo de contiendas? Una vez más, repensar el rol de la justicia a la luz de los derechos humanos, en especial, de los derechos de un colectivo vulnerable y que le cabe un plus de atención y protección constituye uno de los grandes desafíos pendientes.

Como dijo el recordado Paulo Freire: «No es en la resignación en la que nos afirmamos, sino en la rebeldía frente a las injusticias». Desde este prisma, el presente ensayo pretende seguir este camino de transformar las rebeldías en derechos, para lo cual es fundamental dimensionar el lugar que ocupa la revisión crítica y contemporánea de figuras tradicionales de las relaciones de familia como lo es la obligación alimentaria para lo cual el obligado enfoque de derechos humanos, de infancias y de género es central.

Referencias

Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana (2018). *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*. Comisión de Seguimiento Reglas de Brasilia. https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/DDHH/100%20Reglas%20de%20Brasilia%20sobre%20Acceso%20a%20la%20Justicia.pdf

Autos n.º 8586 – G. O. V. S. vs. O. C. V. s. Ordinario - Impugnación de paternidad (2017). Cámara 2.ª Civil y Comercial, Sala 3, Paraná, Entre Ríos (20 de febrero de 2017).

Beguiristain, C. y Fonollosa, R. (2023). La canasta de crianza: algo más que un índice. *Rubinzal-Culzoni*.

Beguiristain, C. y Fonollosa, R. (2023). La prohibición legal frente a la realidad socioafectiva: análisis crítico de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre las guardas de hecho. *Rubinzal-Culzoni*.

Bertome, M., Calabrese, A., Genis, M., Rearte, P. y Herrán, M. (2022). Adopciones. Procesos excluyentes, una realidad que duele. *Contenidos Jurídicos*.

Cartabia, S. y Herrera, M. (2023). Reavivando el necesario debate sobre el incumplimiento alimentario. Los usos de la Canasta de Crianza de la primera infancia, la niñez y la adolescencia como punto de inflexión. *La Ley*.

Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (24 de febrero de 2012). https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH) (2011). *Derecho humano a la alimentación y a la seguridad alimentaria*. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29521.pdf

De Lorenzi, M. (2017). El amor familiar, bálsamo de las personas vulnerables. La solidaridad familiar al auxilio de los derechos fundamentales. *RDF*, *v*.

Dracksler, M. y Fernández, R. (2024). Cuando el deber alimentario trasciende el vínculo filial. *Rubinzal-Culzoni*.

Dutto, R. (2022). *Socioafectividad y derechos*. Astrea.

Expediente n.º 249623/23 - O.M.G. c/ V.G.L.D. s/ Alimentos (2024). Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia n.º 4, Corrientes (15 de febrero de 2024). https://colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-ninez-y-adolescencia-n-4-corrientes-15-02-2024/

Expediente n.° LM-26231-2022 – L. G. V. c/ P. A. s/ alimentos (2023). Juzgado de Familia n.º 5 de La Matanza, Buenos Aires (24 de noviembre de 2023).

Fallo P. A. N. c. B. M. R. s/ Acción compensación económica (2021). Juzgado de Familia n.º 11 Lomas de Zamora (13 de diciembre de 2021).

Fico, D. y Kerszberg, N. (2018). La responsabilidad de los adultos en la maximización de los derechos de los niños. *DF y P*.

Galli, M. (2017). Asistencia transitoria para una niña, luego de la impugnación de la paternidad. *Jurisprudencia Argentina Litoral*, 3-5.

Gil, A. y Herrera, M. (2022). La familia interespecie. *Rubinzal-Culzoni*.

Guilisasti, J. (2017). Una resolución afortunada que aplica nuevos paradigmas. *DF y P*.

Herrera, M. y De la Torre, N. (2022). Socioafectividad como criterio fundante para el reconocimiento de la triple filiación en la argentina. A 7 años del Código Civil y Comercial de la Nación: ¿regulación o eliminación de la prohibición? *La Ley*.

Herrera, M., De la Torre, N. y Beguiristain, C. (2022). Socioafectividad, guarda de hecho y entramado penal: Perspectiva crítica. *Rubinzal-Culzoni*.

Herrera, M., De la Torre, N. y Fernández, S. (2023). *Manual de Derecho de las Familias*. Abeledo Perrot.

Lloveras, N. y Faraoni, F. (2018). *Alimentos. Doctrina y jurisprudencia*. Contexto.

Moreira, M. (2022). De la socioafectividad y su irrupción en el derecho de las familias. A propósito de un caso de delegación de la responsabilidad parental. *Derecho de Familia*, *VI*, 211-218.

Otero, F. y Videtta, C. (2021). *Adopciones. Un modelo psicojurídico para los procesos adoptivos. Análisis, acciones y propuestas concretas de abordajes*. Noveduc.

Proyecto de ley. Ley de creación del fondo de asistencia de cuota alimentaria. Senado y Cámara de Diputados de la Nación (31 de mayo de 2024).

Salituri, M., Silva, S., Videtta, C. y Notrica, F. (2022). El impacto de la socioafectividad en la guarda judicial y en la delegación de la responsabilidad parental. *Rubinzal-Culzoni*.

Sentencia A.,F.A., A.,E.J., A., O.E. s/ art. 10, Ley 10.067 (2016). Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (6 de abril de 2016). http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/04/Fallos2324.pdf

Sentencia A.O.E s/ vulneración de derechos (2016). Cámara Civil y Comercial de Morón, Sala I (12 de julio de 2016).

Sentencia F. D. P. c/ M. F. A. s/ Alimentos (2022). Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Gualeguaychú, Entre Ríos (26 de mayo de 2022).

Sentencia G., S.M. y otro c/ K., M.E.A. s/ alimentos (2024). Corte Suprema de Justicia de la Nación (20 de febrero de 2024). https://www.diariojudicial.com/uploads/0000054891-original.pdf

Sentencia L. M. A. y otro s/ Adopción - Acciones vinculadas (2015). Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Martín Provincia de Buenos Aires, Sala I (29 de septiembre de 2015).

Sentencia M., C. M. vs. S. G., I. H. s. Impugnación de reconocimiento (2023). Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia IV, Villa La Angostura, Neuquén (18 de diciembre de 2023).

Sentencia P., J.N. y P., J.A. c/ A., H.R. p/ acción de filiación (2024). Juzgado de Familia y Violencia Familiar Lujan de Cuyo n.º 10, Mendoza (1 de febrero 2024).

Sentencia S.J.A. y otro s. incidente de alimentos contra abuelos paternos (2022). CCCM, Sala 3, San Juan (21 de octubre de 2022).

Sentencia S.J.H. c. M.P. s/ Consignación de alimentos (2023). Juzgado Civil y Comercial de Saladas (7 de septiembre de 2023).

Sentencia T., M.C. c. A., R.C. s/ alimentos (2023). Juzgado de Familia n.º 5 de Cipolletti (21 de agosto de 2023).

El interés superior del niño y la protección constitucional de las personas intersex: es urgente prohibir las intervenciones quirúrgicas mutilantes en bebés intersex

Paula Siverino Bavio[1]
Relatora del International Bioethics Committee de Unesco (IBC Unesco), Argentina
psiverino@pucp.pe

1. Introducción

Este artículo propone una mirada interdisciplinaria sobre un tema poco visibilizado en el Perú: la necesidad de reconocer y proteger los derechos fundamentales de las personas intersex en general y de los infantes interesex en particular. Se tomará como punto de partida el caso de Eiden, una persona intersex que cuyo reclamo llega en el año 2024 al Tribunal Constitucional Peruano. Parte de este contenido ha sido presentado en mayo del 2024 como *amicus curiae* en el caso y busca aportar a la toma de conciencia sobre la gravedad e irreparabilidad de la violación de derechos fundamentales de las personas intersex y, en particular, lograr la prohibición de las intervenciones de cosmética genital en los bebés intersex.

Para ello el estudio se divide en tres partes: a) contextualización de la discusión y visibilización de los sistemas de creencias que permean el análisis jurídico; b) síntesis de aspectos legales: prohibición de

1 *Doctora en Derecho, miembro y relatora del International Bioethics Committe Unesco (IBC Unesco). Las opiniones vertidas en este artículo lo son a título personal y no comprometen al IBC.

discriminación y protección del derecho a la identidad de las personas intersex; c) la protección del interés superior de la niñez intersex y la prohibición de realizar intervenciones mutilantes en infantes con genitales atípicos.

2. Contextualización de la discusión

2.1. Cuerpos diferentes, cuerpos sexuados, sesgos y dignidad humana

El caso de Eiden denuncia la violación de derechos fundamentales de una persona intersex. Dado que la intersexualidad implica un cuerpo con variaciones sexuales que difiere de lo esperable resulta importante establecer que entenderemos por «cuerpo» y desde qué perspectiva creemos que debería ser aprehendido por el derecho.

¿Qué es el cuerpo? El cuerpo no es un algo exterior, separable mecánica o materialmente del sujeto, no es una cosa ni una realidad *per se*, es la condición que imprime corporeidad a la vida humana[2].

El cuerpo es un espacio existencial, y como tal, está atravesado de todas las vicisitudes y particularidades imaginables del quehacer y el pensar humano. Lo caracterizan, a la vez, su plasticidad y la aún inevitable finitud de la materia que lo conduce a la entropía y a la muerte desde el instante mismo de su origen. En cuanto espacio contenedor y generador de fenómenos vinculados a lo humano, está inevitablemente sujeto a escrutinio o control. Cuando hablamos del cuerpo nos referimos al binomio indisoluble cuerpo-mente, ya que la posición que los consideraba como entidades independientes y disociadas, ha sido superada hace ya tiempo[3].

La relación con el cuerpo es compleja. Se «tiene» un cuerpo y se «es desde» un cuerpo. El cuerpo es el medio de nuestra autorrepresentación hacia los otros, en el cual nos hacemos reconocer por los

2 Cifuentes, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires, Astrea, 2.ª ed., 1995, p. 29.

3 Damasio, Antonio. *Y el cerebro creo al hombre.* Trad. Ferran Merer Orti. Destino, vol 182 Coleccion Imago Mundi, Bogota, Colombia, 2010.

otros[4]. Es nuestra primera y principal coordenada de identificación[5]. El cuerpo se nos presenta como soporte material del ser —la materia desde la cual, con la cual y sobre la cual escribimos y anclamos nuestra biografía— y un elemento constitutivo de la identidad del sujeto a través del cual existe y coexiste en sociedad. La unidad soma-cuerpo es «el más valioso e inmediato instrumento con que cuenta nuestro ser libertad para que sus proyectos y dimensiones se realicen en el mundo exterior»[6].

El aumento exponencial y la velocidad de los avances científicos en todos los campos de la ciencia y en particular de las neurociencias de las últimas décadas, han dejado en claro lo obsoleto de la visión lineal y mecanicista sobre el cuerpo humano, visión en la cual se ha apoyado el derecho históricamente —sin mayores cuestionamientos— y que es imprescindible reformular.

Uno de los riesgos del mecanicismo biológico es el determinismo y el reduccionismo genético. En días en los cuales se multiplican los avances en el campo de las neurotecnologías, la inteligencia artificial, la computación cuántica y la biología sintética los y las operados del derecho necesitamos actualizar la comprensión de la biología en general y del cuerpo humano en particular, como un fenómeno sistémico, complejo y holístico. La visión mecanicista del cuerpo humano, que postulaba que para conocer y predecir «el todo», solo bastaba identificar las partes constituyentes (el todo como suma de las partes) ha sido cuestionada como insuficiente y limitada y ha cedido lugar a teorías de la complejidad y la compresión sistémica de la biología[7].

---

4 Aramini, Michele. *Introducción a la bioética*. Bogotá, San Pablo, 2007, p. 85.

5 Lamas, Marta, «Cuerpo e identidad» en *Género e Identidad, ensayos sobre lo masculino y lo femenino,* Arango; León; Viveros; compiladoras, Bogotá, TM Editores, Ediciones Uniande,UN Facultad de Ciencias Humanas, 1995, p. 62.

6 Fernández Sessarego, Carlos. Los *veinticinco años del Código Civil peruano de 1984.* Lima,Motivensa, 2009, p. 379.

7 Herrera Uribe, Libia. «Del mecanicismo a la complejidad en biología». *Rev. Biol. Trop. (Int. J. Trop. Biol*. ISSN-0034-7744) Vol. 56 (1): 399-407, March 2008, consultado el 3 de junio de 2024

El *cuerpo* no es una máquina de aceitados mecanismos o procesos lineales que produce resultados binarios: blanco-negro, correcto-incorrecto, sano-patológico, que podemos arbitrariamente cortar y encasillar. En el cuerpo conviven de manera colaborativa y adaptativa numerosos actores —billones de células, microorganismos, bacterias, virus, etcétera—, con múltiples niveles de interacción, expresión y características, que en muchas situaciones se expresan en grados o dentro de un espectro, dando cuenta de una complejidad que la ciencia apenas está comenzando a comprender, regidos por una inteligencia interna que excede —al menos de momento— la capacidad humana de explicarla y replicarla. Si tuviéramos que pensar en una metáfora, el cuerpo —a los fines de este escrito— sería mucho más parecido a una orquesta sinfónica que a un automóvil.

Pero, además, el cuerpo es un cuerpo sexuado. Las personas somos seres sexuales y sexuadas y la vivencia interna y externa de la sexualidad humana está anclada al cuerpo, entendido como unidad y sistema psicosomático que trasciende lo meramente fisiológico. Así, las experiencias de las personas y la sociedad en relación al cuerpo sexuado se inscriben en el contexto histórico y cultural particular imperante, «construyendo» literalmente nuestros cuerpos merced este intercambio con el medio y la cultura que nos rodean[8].

La noción de «sexo», al igual que el género y la sexualidad, también tiene una trayectoria histórica y sobre todo, una construcción cultural atravesada por relaciones de poder/saber, como las establecidas por el derecho, la religión y la medicina[9]. La forma binaria —varón/mujer como categorías absolutas y excluyentes— de clasificar el sexo a los fines legales es una de estas construcciones. Es posible, sin embargo, adaptar esta visión, adecuándola a la realidad de la experiencia humana, situando al varón y la mujer arquetípicos en los extremos de un continuum biológico donde coexisten con una gama de situaciones

8 Fausto- Sterling, Anne. *Sexing the body Gender politics and the construction of sexuality*, New Y Presidente del Comité de Ética del Laboratorio de Criminalidad Social y Estudios sobre la Violencia, CISEPA-PUCP, Facultad deóCiencias Sociales ork, Basic Books, 2000, p. 20.

9 Meyerowitz, Joanne. *How sex change. A history of transsexuality in the United States.* EEUU, Harvard University Press, 2002, p. 21.

que pueden expresarse en los cuerpos sexuados como un espectro y no como una categoría cerrada.

Los seres humanos percibimos «la realidad» a través de nuestros sentidos y la interpretamos mediante nuestro sistema de creencias, social e individual. Percibir, interpretar y simplificar para poder tomar decisiones rápidamente es una parte inevitable y fundamental de la tarea de nuestro cerebro para facilitar la supervivencia[10]. Los sesgos cognitivos son el resultado de estas operaciones casi automáticas de reducir, generalizar e interpretar a priori una situación tomando como referencia unos muy pocos datos disponibles y adjudicándoles unas consecuencias o valores preestablecidas que orientan la toma de decisiones.

Los sesgos facilitan la toma de decisiones *rápidas*, no la *buena* toma de decisiones. Precisamente porque invisibiliza las limitaciones del proceso, que asume como verdaderos datos que suelen estar distorsionados y ser insuficientes. Los sesgos están a la base de los estereotipos, incluyendo a los estereotipos de género.

Los estereotipos de género son generalizaciones o ideas preconcebidas sobre las características, y atributos o roles específicos que se supone debe tener una mujer o un varón por ser tales, para cumplir con unas expectativas de «normalidad» a las que se le asigna el valor de «correctas» y «morales», por el solo hecho de pertenecer al colectivo «varón» o «mujer»[11]. El estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente[12].

Aquí, la diferenciación sexual biológica sirve de plataforma para la construcción de roles de género dentro de las categorías binarias de hombre y mujer. Esta versión reduccionista de la binaridad sexual,

---

10 Damasio, Antonio. *Y el cerebro creo al hombre.* Trad. Ferran Merer Orti. Destino, Vol. 182 Coleccion Imago Mundi, Bogota, Colombia, 2010.

11 OACHR. «Estereotipos de género». Estereotipos de género | OHCHR consultado el 6 de junio 2024.

12 Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso González y Otras («Campo Algodonero») vs. México sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas) párr. 401.

que es vista como absoluta y excluyente de toda otra expresión de humanidad válida, es el fundamento donde se asientan los estereotipos de género y la violencia contra las personas cuya realidad vital no se ajusta a estos postulados.

Así, la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la discriminación y violencia de género contra las mujeres, personas intersex y personas LGBT[13]. En materia de derechos humanos, se considera que el uso de estereotipos para justificar una decisión legal es un sí mismo una violación de derechos humanos[14].

A nivel jurisdiccional, se ha sido advertido que la acción de estereotipar utilizada por los jueces (judicial stereotyping) es:

> un obstáculo habitual y muy pernicioso en la administración de justicia, que se basa en preconceptos y prejuicios en lugar de apoyarse en hechos relevantes y la búsqueda de la verdad. Puede, por ejemplo, distorsionar la visión de los jueces frente a los hechos, afectando la visión de quien es la «víctima» e influenciando la mirada sobre los testigos. En última instancia, compromete la imparcialidad e integridad del sistema de justicia.[15]

La creación de estereotipos por parte de los jueces puede tener efectos especialmente perniciosos, sobre todo porque su singular

13 Siverino Bavio, Paula. «Violencia por prejuicio por motivos de orientación sexual: el caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú», publicado en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia.* AbeledoPerrot Oct 2020-V. Buenos Aires, 2020; Corte IDH Caso *Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú*. Sentencia de 12 de marzo de 2020 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), Corte IDH. *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras.* Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de marzo de 2021 y Corte IDH Campo Algodonero… párr. 401.

14 Simone Cusack «Eliminating Judicial stereotyping. Equal access to justice for women in gender-based violence cases», Final paper, Submitted to the Office of the High Commissioner for Human Rights on 9 June 2014, disponible en https://rm.coe.int/1680597b20

15 Ibidem.

posición de poder les permite otorgar a los estereotipos todo el peso y la autoridad de la ley[16].

Tanto la CEDAW, como la Convención Belem do Pará o la Convención de las personas con Discapacidad, tratados internacionales firmados por el Perú en materia de derechos humanos, incluyen la obligación de tomar las medidas necesarias para eliminar los estereotipos de género, tanto en la esfera pública como privada[17].

2.2. El paradigma de la complejidad y la diversidad como regla en la naturaleza

De manera coincidente con lo que mencionamos, «una sola salud» (One Health) es el enfoque holístico propuesto por la Organización Mundial de la Salud (OMS) que tiene un rol central luego de la pandemia. Se trata de un enfoque integral y unificador cuyo objetivo es equilibrar y optimizar la salud de las personas, los animales y los ecosistemas, utilizando los vínculos estrechos e interdependientes que existen entre estos campos para «prevenir, detectar y responder a los nuevos retos de salud, [donde] todos los sectores implicados deben colaborar de forma conjunta para conseguir lo que ningún sector puede lograr por sí solo»[18].

Este enfoque parte de reconocer una verdad autoevidente: los seres humanos (*homo sapiens sapiens*) integramos y participamos de la naturaleza. Y la regla en la naturaleza es la diversidad[19], ya que es

16 Ibidem.

17 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) art. 5; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belem do Para art. 8»; Declaración Regional sobre la erradicación de los estereotipos de género en los espacios públicos que se traducen en violencia simbólica y violencia política contra las mujeres por motivos de género, MESECVI, Tercera Conferencia Extraordinaria de los Estadis Oaetes de la Convención Belem do Pará, 20 de septiembre de 2023. Convención sobre las personas con discapacidad, art. 8.

18 OMS. «Una sola salud» Datos y cifras Hoja informativa del 23 de octubre de 2023 Una sola salud (who.int) consultado el 3 de junio de 2024

19 Ministerio del Ambiente (Perú). *Orquídeas del Perú y herramientas para su identificación*. Lima, 2017 LIBRO-ORQUIDEAS-2017_.pdf (minam.gob.pe)

un elemento esencial para la supervivencia, la riqueza y adaptabilidad de la vida a todos sus niveles; la diversidad es el tejido vivo de nuestro planeta[20]. Los seres humanos en cuanto parte integrante del orden de la naturaleza participamos de esa diversidad: la diversidad étnica, cultural, corporal, sexual, lingüística, funcional, son algunas de las exquisitas manifestaciones de la diversidad en la especie humana.

La diversidad corporal y la diversidad sexual se expresan en caracteres que vemos de manera cotidiana y hemos naturalizado, tales como el color y forma de los ojos, el cabello o la falta de él, la altura, las formas y funcionalidad corporal, el tono de la piel, por ejemplo, todos ellos expresiones visibles de un sinnúmero de interacciones invisibles: procesos genéticos y epigenéticos, hormonales, anatómicos y un largo etcétera. Pensemos en algo aparentemente sencillo, el color de los ojos[21]. Podría ocurrir que dos padres de ojos claros tuvieran un hijo de ojos marrones. O que dos padres de tez morena y ojos oscuros tuvieran una hija rubia de ojos celestes, que genéticamente es hija de ambos. ¿Por qué? Porque en una orquesta sinfónica son muchísimos los acordes que suenan al unísono y que pueden en un instante, producir combinaciones inesperadas. Puede suceder simplemente que, en un momento, entre los millones de interacciones posibles, una combinación de acordes genere un resultado inesperado. Eso mismo ocurre en las situaciones donde se produce el nacimiento de una persona con una morfología genital que difiere de la apariencia esperada o percibida, también denominada bajo el término «intersex» o de una persona cuya identidad de género se manifiesta en un sentido diferente a aquella asignada al nacer.

Pero ¿por qué es mucho menor el impacto que generan las variaciones en el color de ojos de una persona, que el impacto e incluso la resistencia que produce en algunos las variaciones sexuales de una

---

consultado el 3 de junio de 2024

20 Unesco. «Biodiversidad. Hacer las paces con la naturaleza». Biodiversidad | UNESCO consultado el 3 de junio de 2024

21 Hubel Ana. La herencia del color de ojos: algo que pensabas que sabias pero no «La herencia del color de ojos: algo que pensabas que sabías, pero no» - Genotipia consultado el 3 de junio de 2024

persona en la que no coinciden su identidad legal con su identidad real? La respuesta es simple: porque a lo largo de los siglos, el sexo ha sido considerado una actividad nociva y peligrosa y un asunto de la moral a regular estrictamente por diferentes dispositivos sociales, incluyendo a la religión y la medicina[22][23].

Esta visión negativa de la sexualidad[24] fue muchas veces avalada por el derecho, quien recién en las últimas décadas del siglo xx comenzara a reconocer que el sexo y la sexualidad pertenecen a la esfera del derecho a la intimidad y libre desarrollo de la personalidad, a formar una familia, al derecho a la integridad, la salud y la información, reconociendo la existencia de los derechos sexuales y reproductivos, así como los derechos derivados de dignidad humana en su conexión con la diversidad sexual.

2.3. Definiciones de sexo, género determinación del sexo biológico y determinación legal del sexo

2.3.1. Definiciones de sexo y género

Existe consenso en el derecho internacional en utilizar el término «sexo» pare referirse a:

---

22 De hecho, la regulación de los temas relacionados con la sexualidad ocupaba más de una cuarta parte del Código de Derecho Canónico Medieval, Bulloghs, V. L. *Sciencie in the bedroom: A history of sex research*. New York: Basic Books, p. 2, 1994.

23 Bulloghs, op cit loc cit.

24 En este sentido, Mujica, Jaris. *Economía política del cuerpo*. *La reestructuración de los grupos conservadores y el biopode*r. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, 2007; Maffia, Diana «Filosofía, política, identidad de género» en *Un cuerpo mil sexos*. Colección Fichas para el Siglo xxi, Buenos Aires: Topia, 2010; Laqueur, Thomas (1999) Making Sex. Body and gender from greeks to Freud. Cambridge: Harvard University Press; Bullough, Vern L. Science in the bedroom. A history of sex research. New York, Basic Books, 1994; Meyerowitz, Joanne. How sex change. A history of transsexuality in the United States. EEUU, Harvard University Press, 2002**;** Fausto-Sterling, Anne. Sexing the body Gender politics and the construction of sexuality, New York Basic Books, 2000; Roscoe Will. (1994) «How to became a berdache» en Third Sex, Third Gender. Beyond Sexual dimorphism in Culture and History, *(*HERDT, ed.), Zone Books, New York, 1994 pp. 329-371.

las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres o a la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer. Desde la perspectiva del sexo, además de los hombres y las mujeres, se entiende que se alude también a las personas intersex. […] en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al *standard* de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente[25].

Y sintetizando, la diferencia entre los términos «sexo» y «género»:

radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de la CEDAW ha establecido que el término «sexo» se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término «género» se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.[26]

2.3.2. El establecimiento del sexo en los seres humanos

Siguiendo la literatura especializada, el establecimiento del sexo en los mamíferos, incluyendo a los seres humanos, requiere de tres eventos de determinación secuenciales: (1) sexo cromosómico, (2) sexo gonadal y (3) sexo fenotípico. La alteración a cualquiera de los tres niveles puede llevar a una variación o diferenciación del desarrollo sexual o

25 OEA. Comité Jurídico Interamericano. Nota del presidente del Comité Jurídico Interamericano al presidente del Consejo Permanente transmitiendo el Informe Preliminar sobre «Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género» OEA/Ser.G CP/doc.4856/13 17 abril 2013, p. 10.

26 Ibidem.

estados intersexuales, también llamados en la literatura médica como trastornos del desarrollo sexual[27].

> El establecimiento del sexo durante el desarrollo de los mamíferos consiste de tres etapas secuenciales. La primera es el sexo genético o cromosómico que ocurre como consecuencia de la fertilización, el ovocito contribuye con un cromosoma sexual X, mientras que el espermatozoide aporta alguno de los dos cromosomas sexuales, X o Y. Así los embriones pueden ser XX o XY y desarrollarán un fenotipo femenino o masculino, respectivamente.
>
> La segunda etapa corresponde a la determinación sexual gonadal en la cual ocurren procesos moleculares que encaminan a la diferenciación de un ovario o un testículo. La presencia del gen *Sry* en el cromosoma sexual [e] induce el aumento de expresión del gen *Sox9* encargado de iniciar una cascada de expresión génica, que dirige a la diferenciación testicular. La ausencia del gen *Sry* en las mujeres desencadena la vía de expresión que lleva a la formación del ovario. Es así como la presencia o ausencia del cromosoma y durante el establecimiento del sexo cromosómico condiciona al desarrollo testicular u ovárico en la vida fetal.
>
> La tercera etapa corresponde a la diferenciación sexual somática; se refiere a la diferenciación del tracto y los genitales externos. Los fetos que desarrollan testículos, producen dos hormonas que masculinizan el tracto y los genitales externos. Mientras que en los fetos que forman ovarios, la ausencia de hormonas testiculares permite la diferenciación femenina del tracto reproductor y los genitales externos. Aunque el establecimiento del sexo se inicia en una etapa temprana del desarrollo, los procesos que gobiernan el dimorfismo sexual continúan aún después del nacimiento con el establecimiento

27 Diaz Hernandez, V. y Merchant-Larios, H. «Consideraciones generales en el establecimiento del sexo en los mamíferos». Rev. Esp. Ciencias Químicas–Biológicas 20(01) 27-39, 2017. DOI:10.106/recq. 2016.11.003. Consideraciones generales en el establecimiento del sexo en mamíferos (sciencedirectassets.com) consultada el 5 de junio de 2024

del eje hipotálamo-hipófisis-gónada que controla los caracteres sexuales secundarios y directa o indirectamente, el comportamiento sexual y la capacidad reproductiva en los humanos.

Los caracteres secundarios se establecen en la pubertad, entre los más llamativos en el sexo masculino se encuentran, el aumento de vello facial, el incremento de masa muscular, ensanchamiento de tórax y hombros, tono de voz grave. Mientras que en el sexo femenino es evidente la aparición de la menarca, la telarca y la disposición de grasa corporal en caderas y muslos[28].

El sexo está integrado por diferentes elementos interrelacionados. La doctrina especializada coincide en reconocer desde los años sesenta del siglo veinte[29] que el sexo es un fenómeno complejo que está conformado por diversos elementos: 1) el sexo genético o cromosómico XY o XX , o la combinación con algún cromosoma extra (por ej., XXY/XYY, mosaicismo 46 XY, 47 XYY); 2) el sexo gonadal (glándulas reproductivas sexuales, ovarios y testículos); 3) el sexo morfológico interno (vesículas seminales/próstata o vagina/útero/trompas de Falopio); 4) sexo morfológico externo (genitales, pene/escroto o clítoris/labia); 5) el sexo hormonal (andrógenos y estrógenos); 6) el sexo fenotípico (características sexuales secundarias tales como el vello facial o corporal); 7) el sexo asignado (legal) y el género de crianza; 8) la identidad sexual[30].

Estos elementos se desarrollan e interactúan en el sujeto a lo largo de su vida y pese a que pueda haber discordancia entre uno o varios de sus elementos el sexo se definirá según la profunda experiencia

---

28 Ibidem.

29 Cfr. Fausto- Sterling, Ann. *Sexing the body. Gender politics and the construction of sexuality*, New York, Basic Books, 2000 Fausto-Sterling, Ann. *Sex/Gender. Biology in a social word.* New York, Routledge, 2012. Meyerowitz, Joanne**.** *How sex change. A history of transsexuality in the United States***.** EEUU, Harvard University Press, 2002. Bullough, Vern L. *Science in the bedroom*. *A history of sex research*. New York, Basic Books, 1994.

30 Saldivia; Laura, (s/r) «Reexaminando la noción binaria de la sexualidad»… disponible en https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Saldivia_Sp_PV.pdf p. 4.

vivencial del individuo. Cuando un sujeto es inscrito legalmente adquirirá un sexo llamado legal o registral según la morfología de sus genitales externos.

Como puede apreciarse de esta sintética explicación, a lo que se llama «sexo biológico» es un fenómeno complejo y secuencial, donde intervienen elementos de diverso orden: genético y epigenético, cromosómico, gonadal, hormonal, anatómico, fenotípico y psíquico.

Desde el punto de vista biológico, la expresión «sexo biológico» no es equivalente ni se identifica con el sexo genético. Tampoco en el orden de lo genético, se reduce exclusivamente a la combinación de los cromosomas llamados «sexuales» X e Y, que puede presentar variaciones como el mosaicismo y la presencia de cromosomas extra, sino que dependerá además de la ubicación (si hay o no traslocaciones) y expresión de los genes involucrados en la determinación sexual, sobre los cuales aún existen muchas incógnitas. Originalmente se pensaba que solo el gen *Sry* del cromosoma Y era el encargado de la determinación sexual, hoy se conoce que intervienen otros genes, como el Sox9[31]. Esta explicación no pretende ser exhaustiva, sino señalar a modo de ejemplo, que no se corresponde con la realidad la ultrasimplificación de la noción del concepto de «sexo biológico» y menos aún considerarlo un sinónimo de «sexo genético».

2.3.3. Determinación legal del sexo

Al momento de nacer, la determinación del sexo de un infante y su asignación legal y registral se realizará teniendo en cuenta_un

31 Academia Mexicana de Ciencias. Rev. Vol 57, Nro. 3 julio- sept 2006 «Hablemos de sexo: la determinación sexual en los mamíferos» en Hablemos de sexo: la determinación sexual en los mamíferos (amc.edu.mx) consultado el 4 de junio 2024. En humanos, las mutaciones en *Sox9* causan *displasia campomélica congénita*, la cual se caracteriza por la presencia de problemas esqueléticos, además de que individuos XY se desarrollan como hembras; lo cual hace suponer que Sox9 está fuertemente implicado en la determinación del sexo masculino. Asimismo, hasta hace poco se había considerado que el ovario se desarrollaba pasivamente, sin embargo, se encontró un gen (*Dax1*) en el cromosoma X que puede estar directamente relacionado con su determinación y desarrollo; en los humanos, personas con cromosomas XY que tienen duplicada la región del cromosoma X en donde se encuentra *Dax1* tienen aspecto (fenotipo) de hembras, aun cuando posean un gen SRY funcional (gen que masculiniza al embrión).

solo criterio entre todos los elementos biológicos mencionados: la apariencia de sus genitales externos. Y este criterio funciona en la gran mayoría de los casos, pero no puede ser un sistema férreo o inamovible. Es necesario reconoce que el sistema registral binario es una convención, que deja afuera a un número de personas que nacen con cuerpos sexuados diferentes. En consecuencia, es preciso adoptar procesos simples y flexibles para rectificar el sexo y el nombre en los asientos documentales. En la actualidad el sistema solo concibe una alternativa: registrar al bebé consignado el sexo —como una exigencia de los formularios oficiales— bajo la opción de varón o mujer, de manera inmediata al nacimiento.

En un sistema registral binario la dificultad de hacer «encajar» el cuerpo de un bebé con una morfología sexual externa atípica puede llevar a tres caminos:

a) Acertar en la asignación de sexo sin realizar ninguna intervención quirúrgica en el infante, la cual se podrá evaluar una vez desarrollada la identidad de género y la posibilidad del infante de consentir.
b) Errar en la asignación del sexo sin someter al infante a una intervención quirúrgica, como sucede en el caso de Eiden, donde al crecer desarrolla una identidad de género diferente a la de su sexo legal, debiendo afrontar severas dificultades por no poder realizar una rectificación sencilla de su identidad, pero manteniendo su cuerpo intacto.
c) La gravísima situación en la cual el equipo médico con consentimiento de los padres decide intervenir quirúrgicamente al infante, para «transformarlo» o «definirlo» en el sexo en el cual se estima que se desarrollará de mejor manera (usualmente el sexo femenino), sin tener manera de saber cuál será la identidad de género que desarrollará este infante al crecer. Esto último es, literalmente, tirar la moneda al aire y rezar para que la identidad de género se desarrolle en el sentido asignado, ya que las consecuencias son irreparables.

2.4. La intersexualidad y las variaciones de la diversidad corporal

La intersexualidad es un término general que describe una amplia gama de variaciones naturales e innatas en las características sexuales. Las personas intersex nacen con características sexuales que no se ajustan a las definiciones típicas de los cuerpos masculinos o femeninos, incluida su anatomía sexual, órganos reproductivos, patrones hormonales o cromosómicos[32]. La condición de intersexual no tiene que ver con la orientación sexual o la identidad de género: las personas intersexuales experimentan la misma gama de orientaciones sexuales e identidades de género que las personas que no lo son[33]. Las variaciones intersexuales pueden manifestarse en diferentes etapas de la vida o permanecer desconocidas u ocultas. Según cifras de las Naciones Unidas, se calcula que hasta el 1.7 % de la población nace con rasgos intersexuales[34]. Conforme se ha sido advertido por diversos organismos internacionales es que, en materia de definiciones, se tratará el tema con la mayor amplitud y provisionalidad, sin adoptar una posición dogmática[35].

---

32 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. *Violaciones de derechos humanos de las personas intersex*. Nota informativa p. 2. BackgroundNoteHumanRights ViolationsagainstIntersexPeople_ES.pdf (ohchr.org) consultado el 2 de junio 2024.

33 Cfr. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people, Nueva York y Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3, pág. 18, y OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12, 23 abril 2012, párr. 13 citado por la Corte IDH, OC 24/17, párr. 32

34 Naciones Unidas, «Libres e Iguales» «Naciones Unidas por la Visibilidad Intersex», https://www.unfe.org/es/intersex-awareness/ consultado el 4 de junio 2024.

35 Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo* (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24. párr. 31, 2017.

Esto se ve en el caso de Eiden, quien se reconoce a sí mismo como una persona intersex, fue identificado al nacer como mujer debido a la apariencia de sus genitales externos y desde la temprana infancia atravesó situaciones dolorosas por la disonancia entre su identidad real y la identificación legal asignada al nacer. En la búsqueda de respuestas en su adultez, los exámenes médicos determinan que se trata de un varón con hipospadias.

Esta variabilidad en la terminología es usual[36]:

> Las personas intersex (también denominadas intersexuales) usan muchos términos diferentes para describirse a sí mismas, sus cuerpos, sus características sexuales e identidades. Algunas personas sienten que son intersex, mientras que otras se consideran individuos que tienen una «variación intersex», o un «rasgo intersex», o que nacieron «con una variación de las características sexuales». En ocasiones se usan otros términos como «condición intersex» y «diferencias en el desarrollo sexual» (también abreviado como DSD en inglés), aunque algunos consideran que estos términos tienen una perspectiva patologizante. Las personas intersex, sus padres y personal médico pueden hacer uso de términos de diagnósticos. Estos cambian con el tiempo, lo cual refleja, en parte, un cambio en el uso de términos que se basan en el tejido gonadal y la observación hacia el uso de otros que se sustentan en la información genética. En el sector de la salud, los profesionales e instituciones médicas a menuda usan el término «trastornos del desarrollo sexual» (también abreviado como DSD). Este término también lo utilizan algunos padres de personas intersex e incluso algunas personas intersex.[37]

---

36 Tove Lundberg, Peter Hegarty & Katrina Roen (2018) Making sense of «Intersex» and «DSD»: how laypeople understand and use terminology, Psychology & Sexuality, 9:2, 161-173, DOI: 10.1080/19419899.2018.1453862 https://doi.org/10.1080/19419899.2018.1453862 consultado el 2 de junio 2024.

37 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. *Violaciones de derechos humanos de las personas intersex*. Nota informativa p. 4. BackgroundNote HumanRightsViolationsagainstIntersexPeople_ES.pdf (ohchr.org) consultado el 2 de junio 2024.

La existencia de personas con características sexuales diferentes o ambiguas se conoce desde la antigüedad. Diversas culturas dieron sus respuestas, muy variadas, frente a esta situación. De acuerdo con Platón, en el origen hubo tres sexos (varones, mujeres y hermafroditas), pero el tercer se perdió con el tiempo[38]. Aristóteles, por ejemplo, sostendrá que los hermafroditas son un tipo de «gemelos» y Galeno, que se trata de un «sexo intermedio». En algunas culturas serán considerados como personajes sagrados, con poderes curativos y más cercanos a los dioses; en otras, se le asignarán tareas específicas y según los usos vigentes y las pautas establecidas en cada comunidad, podrán casarse con varones o mujeres[39].

Tanto el Talmud como la Tosefa, libros de la ley judía, contienen prescripciones acerca de cómo debe ser el comportamiento de las personas de sexo mixto. Suele mencionarse entre los casos que pueden observarse aun en la actualidad al de los *hijras* en Indicolectivo que conforma un «tercer sexo» al no definirse como varones ni como mujeres, aunque la mayoría suele vestirse como mujeres y que forman parte de una antiquísima tradición hindú[40]. La pérdida de status y consiguiente persecución que experimentaron luego de la ocupación británica, al implementarse normas que perseguían y penalizaban la homosexualidad, marginaron a l*s hijras, quienes desde entonces se vieron obligados a sobrevivir de la mendicidad y la prostitución[41]. Otro ejemplo tributario de una antigua tradición son las personas «dos espíritus» de base corporal femenina y masculina (berdache) de las tribus amerindias de los Estados Unidos y el Canadá[42].

---

38 Fausto-Sterling, A. (1993). «The Five Sexes: Why Male and Female Are Not Enough». *The Sciences,* March/April p. 20-24, disponible en http://frank.mtsu.edu/~phollowa/5sexes.html consultado el 12 de junio 2012

39 Ibidem.

40 Fausto- Sterling, 2000, op. cit , p.109.

41 Nanda, S. (2006) «Hijras, an alternative sex and gender role in India» en Herdt, (ed.) *Third Sex, Third Gender: Beyond Sexual dimorphism in Culture and History.* New York: Zone Books, pp. 373-417.

42 Roscoe, W. (2006) «How to became a berdache» en Herdt, (ed.) *Third Sex, Third Gender: Beyond Sexual dimorphism in Culture and History.* New York: Zone Books, pp.329-371

En la Edad Media surge en Europa el criterio conforme el cual, un sujeto de genitales ambiguos debía escoger un rol de género establecido y permanecer en él, la penalidad por violar esta norma solía ser la muerte. En un sistema donde varones y mujeres tenían derechos y posibilidades muy diferentes, las personas intersexo representaban un problema y debían ser encuadradas en el sistema sexual binario vigente a fin de definir su status legal[43]. El sistema legal peruano exige, a todos los efectos de la vida civil, la identificación del recién nacido como perteneciente al sexo masculino o femenino. Sin embargo, el dimorfismo sexual es una idea relativamente moderna[44], no siempre el sexo y el cuerpo fueron concebidos de esta forma[45]:

> Thomas Laqueur indica que desde la antigüedad y hasta antes del siglo XVII el cuerpo humano era conceptuado y representado bajo el modelo del «unisexo». Este paradigma, según el autor, planteaba la existencia de un solo sexo: el masculino. Esto se manifestó por ejemplo en la reproducción del esqueleto humano, como expresión única de humanidad, que fue enteramente masculina debido a que el hombre era la medida de todas las cosas y la mujer no existía como categoría ontológica distinta.
>
> Desde inicios del siglo XVIII se gesta el quiebre de este modelo generado por una política cultural/simbólica impulsada por distintos acontecimientos sociales y quiebres epistemológicos como el surgimiento de la sociedad mercantil, la modernidad,

43 Fausto-Sterling, A. *Sex/Gender: Biology in a social word.* New Yorkutledge, p 35-36, 2012.

44 Siverino Bavio, Paula. *La justificacion del derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina entre 1966 y 2011*, tesis doctoral, calificación summa cum laudae, Universidad de Buenos Aires, 2016.

45 Para una explicación detallada de este fenómeno en el contexto jurídico, Alvarez Alvarez, Brenda *La inconstitucionalidad de las intervenciones de reasignación sexual en infantes intersex no consentidas,* tesis para optar por el grado de magíster en derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, agosto 2020 y Siverino Bavio, Paula. *La justificación del derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina ...*

el capitalismo y la instauración de la política de sometimiento y disciplinamiento corporal[46].

Laqueur sostiene que, a partir de los nuevos descubrimientos de la anatomía femenina, «la ciencia otorgó una sustancia material, aceptable en términos de la nueva epistemología, a las categorías de «hombre» y «mujer», consideradas como sexos biológicos opuestos e inconmensurables originando el modelo de dos sexos, que da lugar al sistema binario del género[47].

3. Aspectos legales: prohibición de discriminación y protección del derecho a la identidad de las personas intersex

3.1. Derecho a la igualdad y no discriminación

Numerosos informes de derechos humanos[48] denuncian las violaciones de derechos que padecen las personas intersex debido a sus

46 Alvarez Alvarez, Brenda op cit, 14-16.

47 Laqueaur, Thomas. *La construcción del sexo: cuerpo y género desde los griegos hasta Freud* (Vol. 20). Ediciones Cátedra. 1994 p. 266.

48 *Cfr.* Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 16 de febrero de 2004, E/CN.4/2004/49; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 23 de diciembre de 2003, E/CN.4/2004/56; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Observaciones presentadas por la Comisión el 14 de febrero de 2017, párr. 49. Véase, en el mismo sentido, Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 20 (2016) *sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, para. 34, y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, Nueva York y Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3: OHCHR. Technical note on the human rights of intersex people: human rights standards and good practices ohchr-technical-note-rights-intersex-people.pdf; CIDH *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América* 12 de noviembre de 2015), pág. 11, http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdf; Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. *Violaciones de derechos humanos de las personas intersex* . Nota informativa entre otros.

características corporales y la falta de reconocimiento de su identidad de género:

> a lo largo de su vida, las personas con variaciones innatas en las características sexuales pueden ser objeto de formas múltiples e interseccionales de discriminación en todos los ámbitos de la vida, como el acceso a la educación, la salud, el empleo, el deporte y la seguridad social, así como de restricciones en el ejercicio de la capacidad jurídica y en el acceso a recursos legales y a la justicia[49].
>
> Desde el año 2016, los órganos de tratados del sistema universal han apostado por visibilizar la problemática de la discriminación que sufren las personas intersexuales desde categorías tales como las «características sexuales», la «condición [...] intersexual» o «de intersexualidad», y la «diversidad corporal[50]».

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera la violencia y discriminación contra las personas intersex como violencia y discriminación por motivos de diversidad corporal[51]. «Los/as niños/as y adultos intersex sufren estigmatización y múltiples violaciones de su derecho a la salud, integridad física, igualdad y no discriminación»[52]. La estigmatización de los cuerpos intersex comparte muchos puntos en común con la estigmatización que enfrentan las personas con discapacidad:

---

49 Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos sesión del 21 de marzo de 2024- A/HRC/55/l.9

50 Zelada Carlos & Diego Quesada Nicoli. Lxs otrxs invisibles: Hacia una narrativa jurídica para la prohibición de las cirugías de «normalización genital». *Ius et Veritas* No 59, noviembre 2019, p. 129.

51 CIDH *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América* (12 de noviembre de 2015), pág. 11, http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs consultada el 6 de junio de 202.

52 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. *Violaciones de derechos humanos de las personas intersex*. Nota informativa p. 3.

> Esto se debe a la prevalencia histórica de los modelos médicos de la discapacidad que buscan «curar» o «corregir» a los niños, niñas y adultos con discapacidad. En este sentido, tanto las personas intersex como las personas con discapacidad se enfrentan a intervenciones médicas forzadas y coercitivas, la esterilización y discriminación basadas en diferencias físicas y genéticas. Se considera que ambos colectivos están formados por personas con problemas de salud porque no se ajustan a las normas médicas y social[53].

Asimismo, las personas intersex comparten con las personas LGBT las violaciones a sus derechos fundamentales originadas en los estereotipos, las normas y creencias dominantes en materia de sexo y género[5455], debido a la invisibilidad de su condición, a las asociaciones negativas en relación a la diversidad sexual, a las limitaciones del sistema de clasificación sexual binario y a la inexistencia de un mecanismo rápido, sencillo, gratuito y administrativo para poder subsanar el cambio de nombre y sexo en el documento de identidad[5657].

3.2. El derecho a la identidad

La identidad —que incluye a la identidad sexual— constituye la experiencia que hace posible que una persona pueda decir «yo» al referirse a «un centro organizador activo de la estructura de todas mis

53 Ibidem p. 6

54 Ibidem p. 7

55 Corte IDH OC 24/17, párr. 36-8.

56 CIDH *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América* (12 de noviembre de 2015), pág. 11, http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs consultada el 6 de junio de 202; OHCHR. Technical note on the human rights of intersex people: human rights standards and good practices ohchr-technical-note-rights-intersex-people.pdf

57 Naciones Unidas Consejo de Derechos Humanos *El derecho de la inclusión.* Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Víctor Madrigal-Borloz, junio julio 2021 A/HRC/47/27 párr. 11.

actitudes reales y potenciales», la que se va forjando en el tiempo[58]. Definimos el derecho a la identidad como el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es. El derecho a la identidad es el derecho a la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal.[59].

El elemento esencial de la identidad es la autoconstrucción. Nadie más que el propio existente puede darse a sí mismo una identidad, trabajo que ocupa toda la vida. La identidad sexual constituye un aspecto fundamental de la identidad personal, en la medida que la sexualidad está presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto, integrada por la orientación sexual, la identidad de género y las características sexuales.

El derecho a la identidad personal se nos presenta en al menos dos facetas: una interna (ser-para-sí) y otra externa (ser-en-los-otros y ser-en-el-mundo). En modo muy sintético, podemos concluir que la identidad implica ser sí mismo y no otro. Esta faceta interna se manifiesta en vivencias y conductas humanas. La faceta «externa» involucra la dimensión coexistencial del ser humano, en la que el cuerpo, que es quien soy y desde donde soy, ocupa un primerísimo lugar. La coexistencia implica intersubjetividad y heteroconstrucción. Dentro de esta faceta ubicamos al proceso de «identificación». Y es en orden a la heteroconstrucción donde cobra vital importancia distinguir entre identidad e identificación, entendiendo a esta última como un proceso específico, participante de la faceta externa de la identidad, y evitando así reducir la noción de «identidad» a la de «identificación[60]».

La identificación es posterior a la identidad. No debe confundirse el derecho fundamental a la identidad con los signos visibles tenidos en cuenta a fin de establecer una identificación. El asiento documental donde constan los datos personales plasmados para identificar no confiere una identidad, el proceso de identificación interpreta lo que

58 Fernández Sessarego, Carlos. «Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual». *JA,* 1999-IV- p. 889.

59 Siverino Bavio, Paula *«La transexualidad y derecho a la identidad personal». Actualidad jurídica. T123,* Lima, Gaceta Jurídica, 2004, pp. 69-82.

60 Ibidem.

percibe. La identificación no responde a un devenir existencial, sino a un imperativo social, como elemento de orden y control ejercido por el Estado, que toma datos de la realidad, los clasifica conforme categorías preestablecidas y los coteja a posteriori[61]. La asignación del sexo se determinará según la morfología de los genitales externos del infante[62]. La identificación no es ajena a la identidad del peticionante y en ello reside el derecho a que sea modificada, ya que no hacerlo implica en sí mismo la violación del derecho a la identidad.

Así vemos que la identificación cumple una función más profunda: la de ser el nexo social de la identidad. Un elemento esencial a los fines de la identificación es el nombre. El nombre es un dato personal y es la simbolización de una autoconstrucción, a la que representa: «es la expresión fonética de la identidad del existente; en otras palabras el derecho sobre el nombre es un derecho existencial, el mismo que protege los demás datos personales y con iguales características»[63]. Y hay un derecho a que esos datos sean fidedignos[64].

3.3. Reconocimiento y protección del derecho a la identidad y la identidad de género, parámetros de convencionalidad

La identidad de género, las características sexuales y la orientación sexual son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos y está prohibida cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en ellas[65]. Los Estados tiene un deber especial de protección y deben adoptar medidas positivas «para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas», debiendo abstenerse

61 Ibidem.

62 Ibidem.

63 Rabinovich-Berkman, Ricardo. *Derecho Civil Parte General***.** Bs As: Astrea, 2000, p. 435.

64 Siverino Bavio, Paula *«La transexualidad y derecho a la identidad personal». Actualidad jurídica. T123,* Lima, Gaceta Jurídica, 2004, pp. 69-82.

65 Corte IDH, OC 24/17 p. 68.

de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*.

Las personas cuyo nombre y sexo no coincide con su identidad de género, tienen el derecho de lograr la modificación de sus asientos documentales, con base en su derecho a la identidad, el libre desarrollo de la personalidad, el reconocimiento de la personalidad jurídica, su proyecto de derecho vida y el derecho a la salud, a la igualdad y no discriminación y la protección de su dignidad.

Si bien el derecho a la identidad no está reconocido de manera expresa en la Convención Americana de Derechos Humanos, se lo considera consustancial a los atributos y a la dignidad humana y en consecuencia[6667].

> un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones[68].

La Corte IDH sistematiza en la OC 24/17 el derecho a la identidad[69] y reconoce el derecho a la identidad sexual como un derecho autónomo en conexión con otros derechos fundamentales:

> [C]omo el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. El derecho a la

66 Comité Jurídico Interamericano, Opinión «sobre el alcance del derecho a la identidad», resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2 y 18.3.3, ratificada mediante resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2010.

67 Corte IDH, OC 24/17 p. 87.

68 Corte IDH, OC 24/17 pp. 88 y 89

69 Corte IDG OC 24/17 p.101

identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez[70].

[E]l derecho a la identidad y, por tanto, el derecho a la identidad sexual y de género, tiene entre sus implicaciones y alcances más relevantes, el de constituirse como un derecho con carácter autónomo[71] […] el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad[72]. El derecho a la identidad, y en particular la manifestación de la identidad, también se encuentra protegido por el artículo 13 que reconoce el derecho a la libertad de expresión[73].

Como se ha dicho, el derecho a la identidad es un derecho instrumental que permite el ejercicio de otros derechos y la identificación funciona como el nexo social de la identidad. El no contar con un documento de identidad que refleje la verdad del sujeto (su sexo y su nombre) funciona en los hechos como una interdicción de la personalidad jurídica[74].

4. La protección del interés superior de la niñez intersex y la prohibición de realizar intervenciones mutilantes en infantes con genitales atípicos

El caso de Eiden deja al descubierto la trágica realidad de los niños y niñas intersex que no han tenido la suerte que Eiden ha tenido: la de

70 Corte IDH, OC 24/17 p. 90

71 Corte IDH, OC 24/17 p. 92

72 Corte IDH, OC 24/17 p. 94

73 Corte IDH, OC 24/17 p. 96

74 Corte IDH, OC 24/17 párr. 104-115

nacer fuera de una institución hospitalaria y no sufrir mutilación genital, la cual es considerada como una forma de tortura, trato cruel, inhumano y degradante. Eso le ha dado la posibilidad de poder enfrentar el resto de su vida con un cuerpo que no fue intervenido intentando hacer de él una niña, muchos años antes de poder siquiera el menor indicio en qué sentido se desarrollaría su identidad de género. Dado lo irreparable de sus consecuencias, existe consenso en el derecho internacional de los derechos humanos sobre la necesidad de prohibir las intervenciones de mutilación genital en infantes intersex.

Tal como reporta Ato del Avellanal, en el Perú existe la Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de la Diferenciación Sexual, la cual considera las intervenciones de cosmética genital para «definir» el sexo del infante intersex como el tratamiento estándar[75].

4.1. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes

La Convención de los Derechos del Niño (CDN) recepta un decálogo no taxativo de derechos, así como una serie de principios fundamentales que orientan en lo relativo al modo de concebir e interpretar las soluciones jurídicas en torno a los derechos de los NNyA, destacando tres de ellos: el principio de interés superior del niño; el de desarrollo progresivo y el derecho a ser oído. De vital importancia, asimismo, las Observaciones del Comité de Derechos del Niño y los parámetros de convencionalidad de la Corte IDH contenidos en las Opiniones Consultivas OC 17-2012 sobre Condición Jurídica y Derechos del Niños y la OC-21/14 sobre Niñez Migrante.

El interés superior del niño es uno de los valores principales de la CDN y busca garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los

75 Ato del Avellanal, Patricio. ¡Alto a la «normalización»! El control constitucional de las políticas de salud para intersexuales recién nacidos. En Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ – DAD) de la Pontificia Universidad Católica del Perú (edit.), II Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia: Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes en Colectivos Vulnerables. Concurso Internacional de Ponencias (pág. 57-81). Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

derechos reconocidos por la CDN, de modo de asegurar el desarrollo holístico de los NNyA. Tal como explica la Observación n.º 14[76], la aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual del niño y promover su dignidad humana[77].

Esto, que suena ideal, es en la práctica sumamente complejo, debido a que la niñez es un estado transitorio de total vulnerabilidad desde estadios muy primarios de inmadurez y dependencia para la supervivencia. Si bien, de manera similar a los adultos, el acceso y disfrute de sus derechos estará limitado por las circunstancias estructurales que lo expongan a mayores o menores cuotas de vulnerabilidad, su crecimiento y el goce efectivo de sus derechos estará además más o menos limitado conforme los «filtros» ideológicos y culturales de sus padres o cuidadores y los márgenes de respeto, libertad y diversidad en los que crezcan.

4.2. Niñez intersex, asignación de sexo/género y derecho a la identidad sexual

Como mencionamos, la asignación del sexo/género de pertenencia se realiza mediante el cotejo de la genitalidad externa del recién nacido. Si bien, en la mayoría de los casos (personas endosexuales o no intersexuales) esta asignación se corresponderá luego con el modo en el que el infante se experimente e identifique a sí mismo en su identidad de género, hay situaciones en las que esto no sucede y ello puede obedecer a diversos motivos, fundamentalmente de origen neurobiológico, genético u hormonal, todos ellos, hasta donde se sabe, por mecanismos desencadenados en la etapa intrauterina.

Diferentes circunstancias de origen genético o epigenético (exposición de la gestante a ciertos fármacos, por ejemplo) determinarán variaciones en el desarrollo sexual también llamados por la medicina

76 Observación general n.º 14 (2013) Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) CRC/C/GC/14.

77 Ibidem.

como «diferencias del desarrollo sexual» (DSD por sus siglas en inglés). Las variaciones en el desarrollo sexual son condiciones congénitas en el que el desarrollo cromosómico, gonadal o anatómico sexual es atípico.

El caso de los recién nacidos cuyos genitales externos no pueden ser indubitablemente identificados es un ejemplo claro de la profunda matriz cultural que guía las apreciaciones de la biología y la medicina sobre la sexualidad. Un ejemplo es el uso de la llamada «regla falométrica»: un criterio considerado importante para decidir si el infante debe ser «definido» quirúrgicamente como varón o mujer es el de la medida del pene/clítoris . Se optaría por criarlo como varón si la proyección del tamaño de este órgano indica que alcanzaría un tamaño suficiente como para desarrollar «una vida sexual satisfactoria»; caso contrario se lo trataría como a un clítoris demasiado grande el cual debería ser reducido mediante cirugía y se criaría al infante como niña, que aun cuando desarrollara su identidad de género como mujer posiblemente vería reducida su posibilidad de placer sexual por la amputación de terminaciones nerviosas que serán reemplazadas por cicatrices.

Pese a las demoledoras consecuencias que puede tener una incorrecta asignación sexual seguida de cirugías «correctivas» en un infante con genitales ambiguos, muchas veces se suele considerar que se trata de una urgencia médica. Sin embargo, salvo el raro caso de que se trate de una patología que pueda poner en riesgo la vida del infante , la mayoría de las DSD no conllevan un riesgo para la vida o la salud. Ello permite al equipo médico actuar con cautela y en modo interdisciplinario, ya que resulta un imperativo bioético de primer orden no dañar y esperar a que el infante vaya definiendo su identidad sexual antes de tomar medidas que lo afecten de manera irreversible.

Es menester distinguir entonces entre dos situaciones ante un bebé intersex: si analizada su situación clínica existe riesgo para su vida o su salud que justifique una intervención quirúrgica, por ejemplo situaciones de malformaciones a nivel urinario que pueden ocasionarle daños y requieren intervención urgente; o bien aquellas situaciones en las cuales la intervención quirúrgica tiene como único propósito

«situar» o «definir» al infante en un sexo/género determinado, para «permitir» su crianza como varón o mujer. A este último tipo de situación nos referiremos como «intervenciones cosméticas» o de «cosmética genital» y son las que deberían ser prohibidas por potencialmente ser un atentado irreversible a los derechos fundamentales de una persona intersex desde la niñez y durante toda su vida .

Es importante hacer hincapié en lo siguiente: la identidad de género se desarrolla en la temprana infancia. Se desconocen los mecanismos que determinan la fijación de la identidad de género en una persona, pero se ha comprobado, precisamente en «experimentos» llevados a cabo con niños intersex a los que se les ha operado y criado en un sexo/género y se han desarrollado en el contrario, que ella no es totalmente predecible.

La vivencia de las personas trans también pone en cuestionamiento la falta de información y certeza científica del proceso de determinación de la identidad sexual, que no es estático. Por lo tanto, ante una intervención quirúrgica genital irreversible, existe la muy cierta posibilidad de que el infante se desarrolle finalmente en el género opuesto a aquel que se le ha asignado. Cuando la asignación conlleva una «normalización quirúrgica», amputando un pene pequeño, el daño hecho al niño que luego se desarrolla psíquicamente como varón es devastador e irreparable, existiendo registro de varios de estos casos, incluidas demandas judiciales. Asimismo, si en el país en el que se realiza la asignación de género los mecanismos legales son complejos y tendientes a negar la posibilidad de respetar el género autopercibido de un sujeto, ello también causará un perjuicio de difícil reparación .

Existe, por otra parte, numerosa evidencia de que las intervenciones quirúrgicas en la adolescencia tienen una mejor resolución, con menor pérdida de sensibilidad y fundamentalmente, será decidida por la persona que habita ese cuerpo sexuado. Vale aclarar que hay casos de diversidad corporal, advertida o no, en los que la discrepancia puede no manifestarse hasta la adolescencia.

Más allá de las buenas intenciones, la realidad indica que la «urgencia» se interpreta en pos de poder «situar» a ese infante en un sistema sexual binario y calmar la ansiedad de los adultos.

Se presume que se hace en pos de su bienestar futuro presunto y por ende de evaluaciones sobre el género, la felicidad y la ética ajenas a consideraciones médicas. Pero ello viola de manera flagrante los derechos de este niño/a, desconoce el principio de interés superior del niño e impide que, conforme el principio de desarrollo progresivo, sea el infante al crecer exprese cuál es su género autopercibido, teniendo la posibilidad de pleno goce y desarrollo identitario, corporal y sexual.

Desde una perspectiva de los derechos humanos, intervenir sobre el cuerpo de un bebé intersex con una finalidad exclusivamente de cosmética genital es inaceptable, ya que implica poner en riesgo de manera irreparable a infantes que no tiene manera de expresar su identidad, su consentimiento o su opinión al respecto: como ya dijo la Corte IDH «el derecho del niño es, ante todo, el derecho a adquirir y desarrollar una identidad, y, consecuentemente, a su aceptación e integración por el núcleo familiar en el que nace» .

Las intervenciones tempranas en bebés intersex ante situaciones que no implican un riesgo de vida, atentan contra el derecho a la vida, la integridad, la salud, los derechos sexuales y reproductivos, el libre desarrollo de la personalidad, el proyecto de vida, el derecho a formar una familia, entre otros. Y como se ha advertido:

> La intervención médica de los cuerpos intersexuales, sin embargo, no suele limitarse a una sola cirugía. Por el contrario, el «mantener» esa corporalidad idealizada requiere de un complejo proceso de medicalización que exige casi siempre de nuevas intervenciones quirúrgicas, procedimientos de revisión sumamente invasivos y una permanente hominización[78].

La CDN establece altos estándares de protección frente a la violencia contra NNyA, pero la realidad muestra que los espacios donde los niños y niñas son mayormente violentados son el hogar, los espacios educativos y de salud.

78 Zelada Carlos & Diego Quesada Nicoli. Lxs otrxs invisibles: Hacia una narrativa jurídica para la prohibición de las cirugías de «normalización genital». *Ius et Veritas* No 59, noviembre 2019, p. 126.

En este escenario, la niñez intersex pone en jaque hasta qué punto los padres, los médicos y el estado están dispuestos a reconocer y sostener los principios de protección del interés superior, desarrollo progresivo y derecho a ser oído, al exigir un nivel de respeto, tutela de derechos y acción para el cual la mayoría de los padres y de las instituciones no suelen estar preparados. Pero, además, es probable que ese niño/niña intersex nazca y se desarrolle en un entorno en el cual aún perduran los prejuicios, la discriminación y las violencias contra las personas que se apartan de las expectativas sociales en materia de sexo/genero, sobre todo en países como el Perú, que carece de legislación protectora de las personas sexualmente diversas. Pero, ¿son estas limitaciones razón suficiente para mutilar a un infante?

El artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño recepta la protección especial y la consideración del interés superior del niño. Esta protección, para ser efectiva, tiene que permitir el reconocimiento de su identidad y el desenvolvimiento de su identidad sexual. Es esencial evitar las actitudes negativas y prejuicios que impiden la plena efectividad del derecho del niño, y evaluar su interés superior como consideración primordial, el cual debe matizarse con el derecho a un futuro abierto. Este principio deriva de reconocer derechos fiduciarios (rights in trust) los cuales no pueden ser ejercidos por los niños en lo inmediato, sino cuando alcancen la madurez y exige que los responsables del niño eviten tomar medidas que eliminen o limiten seriamente opciones vitales por las cuales el niño podría optar en la adultez.

Capacitar y sensibilizar a los equipos médicos, fomentar los equipos interdisciplinarios y los comités de bioética y contener a los padres de estos infantes es clave para lograr la protección de sus derechos.

4.3. Los límites del consentimiento por representación en las intervenciones médicas en infantes intersex

La Constitución Política peruana protege la dignidad de la persona como fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1), así como la integridad, intimidad, libre desarrollo y bienestar (artículo 2) del sujeto.

El Código Civil (CC) estipula que los derechos a la vida y la integridad son indisponibles e irrenunciables y en general, su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria. El Código de los Niños y Adolescente (CNyA) contempla el derecho a la integridad de los niños y adolescentes, la protección contra tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a su salud integral y enumera los deberes y derechos de la patria potestad[79], sin mencionar una mayoría de edad para tratamientos médicos[80] o dar pautas para situaciones de conflicto.

Según el CNyA y el CC peruano, la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años y se es considerado incapaz relativo de hecho[81] a partir de los dieciséis años, cuando se adquiere competencia para los actos que la ley autorice, pudiendo aceptar o renunciar a derechos patrimoniales si sus padres autorizan o ratifican tácitamente el acto y trabajar, con autorización paterna. A partir de los catorce años el menor puede pedir la remoción del tutor y el menor capaz de discernimiento puede ejercer derechos estrictamente personales[82] los cuales no son susceptibles de representación.

En el Perú los derechos de los pacientes están contemplados en la Ley General de Salud n.º 26.842 (1997) y su modificatoria Ley n.º 29.414 (2009). Los artículos 4 y 15.2 g) permiten a personas mayores de edad rechazar tratamientos médicos. En el caso de menores de edad se prevé que si los representantes legales niegan el consentimiento para tratamiento médico, «el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismo». Esta norma, que tiene en mente el caso de los Testigos de Jehová, no prevé conflictos entre los padres, o los padres y el menor, ni considera su voluntad en caso sea negativa

79 El CC y el CNyA peruanos utilizan la categoría «patria potestad».

80 Mejía Rosasco, R. *Estipulaciones de autotulela para la propia incapacidad: la penúltima voluntad,* Lima, Grijley, 2009.

81 Fernández Sessarego, C. *Derecho de las personas*, 10th. edn., (Lima, Griljey, 2008) 172-173.

82 Fernández Sessarego, C. *Los veinticinco años del Código Civil peruano de 1984*, Lima, Motivensa, 2009, p. 43.

a tratarse, o que el equipo médico sea quien proponga la abstención de tratamiento. Tampoco existen pautas claras en la escasísima jurisprudencia[83].

En el caso de los bebés intersex, estando en juego la amenaza radical e irreparable de derechos fundamentales y la obligación de los padres de velar por los derechos fiduciarios de sus hijos, ante la incertidumbre sobre la identidad de género que desarrollara al crecer el infante, entendemos que el consentimiento por representación no ampara la decisión de someter a un infante intersex a intervenciones de cosmética genital para «situarlo» en un sexo determinado, cuando no hay riesgo para su vida. Es decir, la patria potestad no contiene el poder de consentir una intervención quirúrgica este tipo. Zelada y Quesada Nicoli alertan contra tendencias jurisprudenciales a las que denominan «la flexibilización del consentimiento ajeno», el «paternalismo corporal preventivo» y el «proyecto heterocis normativo», en relación a las intervenciones sobre infantes intersex.

Así, según denuncia la CIDH:

> Estas intervenciones son realizadas, en la mayoría de los casos, porque las variaciones en las características sexuales son consideradas obstáculos para llevar una vida «normal», pero no porque en sí mismas sean riesgosas para la vida de las personas intersex. De hecho, organizaciones han denunciado que estas cirugías forman parte de un intento por prevenir un sufrimiento potencial más adelante en la vida a causa de la falta de conformidad con las normas sexuales binaria[84].
>
> [L]os protocolos médicos vigentes en varios Estados miembros de la OEA se basan en conceptos que asocian a todas las personas intersex y todas las variaciones de características sexuales con patologías y, por lo general, recomiendan estas cirugías de «normalización» genital. En algunos casos el consentimiento de las

83 Se pidió información a la Comisión de Personas en Situación de Vulnerabilidad, Niños, Niñas y Adolescentes de la Corte Suprema, cuya titular nos envió el caso «P. R».

84 CIDH *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay...* par. 185.

personas no es un requisito legal. Por ejemplo, se informa que las disposiciones legales que establecen que situaciones de urgencia médica autorizan a médicos a realizar intervenciones en niños y niñas en ausencia del consentimiento de los padres y madres, han sido utilizadas en casos de estas cirugías de «normalización» de los genitales en niños y niñas intersex[85].

El consentimiento por representación es una derivación del ejercicio de la responsabilidad parental, que suele definirse como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado, y está regida por los siguientes principios: a) interés superior del niño; b) autonomía progresiva (conforme características psicofísicas, aptitudes y desarrollo) y c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. En el caso de las intervenciones médicas, los padres, en cuanto representantes legales de sus hijos, están facultados a decidir los cursos de acción, siempre que esta sea compatible con su bienestar. Para la Corte Suprema argentina, el interés superior apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor.

El interés superior funciona como el principio rector en la materia, el cual no se aplica en abstracto[86], evaluándose los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios[87]. En cuanto al interés superior como norma de procedimiento, al tomar una decisión médica que afecta la vida del niño, se debe especificar cómo se ha respetado este derecho en

85 Comisión Interamericana de Derechos humanos. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. ìOEA/Ser.L, par. 189.

86 Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile,* Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de febrero 2012. Serie C, n.º 239, párr. 108.

87 Corte IDH *Atala Riffo* párr.109.

la decisión, en qué criterios se ha basado y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otros. Existe consenso en que la dignidad es el valor cardinal que da contenido al interés superior del niño. Los niños poseen derechos derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el estado[88], sin embargo los infantes intersex aparecen como los invisibles entre los invisibles[89].

Asimismo, el interés superior separa conceptualmente el interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos e incluso, el de los propios padres, por legítimos que estos resulten; opera entonces como límite al consentimiento por representación si peligrara el bienestar del niño, habilitando la intervención judicial[90].

Ese ha sido el criterio seguido en casos de niños cuyos padres son Testigos de Jehová[91] y de quienes se niegan a vacunar a sus hijos[92], entendiendo que la responsabilidad parental debe ser ejercida en consonancia con los principios rectores (interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído)[93]. También, en la Argentina, la Corte Suprema se expresó sobre la potestad de los padres de negarse a vacunar a sus hijos considerando que la privacidad familiar es permeable a la intervención del estado en pos del interés superior del

88 Corte IDH, OC17/2002 pf. 54.

89 Zelada Carlos & Diego Quesada Nicoli. Lxs otrxs invisibles: Hacia una narrativa jurídica para la prohibición de las cirugías de «normalización genital». *Ius et Veritas* n.º 59, noviembre 2019, p. 124.

90 Boone, «Parental Rights, bes tinterests and significan tharm: medical decision-making on behalf of Children in Belgium». In I Gold, Herring & Auckland (eds.) *Medical Decision making on behalf of young children: a comparative perspective* (Hart Publishing, 2020).

91 Vía Mendoza, «Desde el Notti explicaron por qué le hicieron una transfusión al bebé Testigo de Jehová» noticia del 13 de noviembre de 2017 en https://viapais.com.ar/mendoza/258849-desde-el-notti-explicaron-por-que-le-hicieron-la-transfusion-al-bebe-testigo-de-jehova/?page=2

92 CSJN «N.N. o, U, V. s/ protección y guarda de persona», sentencia del 12 de junio de 2012. En el caso, los padres alegaban que la vacunación compulsiva vulneraba las creencias familiares, violando la intimidad y autonomía familiar.

93 J. M., D. L s/ Ley 4109 (Reservado) Expte. n.º 24299/17, Juzgado de Familia n.° 7, San Carlos de Bariloche, sentencia del 16/11/17.

niño, prevaleciendo su derecho a la salud por sobre todos los demás en juego[94].

Analizando el alcance del consentimiento por representación, Büchler distingue entre derechos de ejercicio absoluta y estrictamente personales (absolutestrictly personal rights) y derechos estrictamente personales (strictly personal rights). La mayoría de las situaciones médicas implican el ejercicio de derechos estrictamente personales, donde se aplica el consentimiento por representación, teniendo como límite y pauta orientadora el interés superior niño. Aquellos que son de ejercicio absoluta y estrictamente personales quedan fuera del consentimiento por representación. La tendencia es que una intervención que no es urgente, ni de imperiosa necesidad terapéutica y es irreversible, implica el ejercicio de un derecho absoluta y estrictamente personal[95].

Es el caso de las intervenciones de adecuación genital en bebés intersex, las que impactan de manera radical en la vida del niño, afectando su derecho a la identidad sexual, la integridad y el libre desarrollo de su personalidad entendido también como derecho a un futuro abierto[96]. Se ha planteado también si es aceptable el consentimiento por representación ante la circuncisión y los implantes cocleares.

Las instrucciones del genoma han escrito en ese infante la expresión de un cuerpo que será considerado «disidente» dentro del esquema binario que asigna cierto aspecto, roles y expectativas a varones y mujeres. Pero no deberíamos perder de vista que estas medidas y aspectos para poder cumplir roles y expectativas son sesgos e imposiciones sociales, no biológicos. Los discursos de la medicina serán generados y avalados desde estas producciones culturales, no son «neutros». Las principales razones son el temor a reacciones estigmatizadoras, las cuales no pueden o ser una base sólida para justificar una intervención quirúrgica precoz sobre las características

94 CSJN, «N.N. o, U., V. s/ protección y guarda de persona».

95 Büchler. «Parental decisions on their children´s medical treatment» In I Gold, Herring & Auckland (eds.) *Medical Decision making on behalf of young children: a comparative perspective*, Hart Publishing, 2020.

96 Ibidem.

intersexuales. Estos temores y mitos sociales no pueden ser esgrimidos como razones válidas para intervenir el cuerpo sano de un niño/a, quien de desarrollarse en un sentido que no responda al sexo asignado —algo que la experiencia ha demostrado es imposible de prever— verá sesgados sus derechos de manera irreparable.

En conclusión: el resguardo del ejercicio de derechos absoluta, estrictamente personales, asume que el niño será eventualmente competente para poder autodeterminarse en un asunto personalísimo. La ley presume que la familia naturalmente velará por el bienestar de los niños, especialmente los padres, a quienes da la potestad de decidir por sus hijos. Sin embargo, el consentimiento por representación debe ejercerse dentro de los límites de la responsabilidad parental y deberá acreditarse que cumple con satisfacer el interés superior del niño, conforme consideraciones éticas, legales y médicas. Las intervenciones quirúrgicas cosméticas para «definir» el sexo/género de un infante intersex antes que se desarrolle y afirme su identidad de género y sin que este exprese el consentimiento, no son susceptibles de representación y quedan fuera de la esfera de la patria potestad.

4.4. La protección del derecho internacional de los derechos humanos

Las violaciones de derechos humanos que sufren las personas intersex difieren de aquellas violaciones de derechos humanos que por lo general sufren las LGBT:

> las violaciones de derechos humanos específicas que comúnmente sufren las personas intersex incluyen: cirugías irreversibles de asignación de sexo y de «normalización» de genitales; esterilización involuntaria; sometimiento excesivo a exámenes médicos, fotografías y exposición de los genitales; falta de acceso a información médica e historias clínicas; retardos en el registro de nacimiento; negación de servicios o seguros de salud, entre otras[97].

97 CIDH. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay.* par. 182.

La CIDH ha emitido un informe que recoge en detalle las violaciones de derechos padecidas por las personas intersex[98]. Según datos aportados a la CIDH se trata de una práctica estándar en los países a lo largo del continente americano[99] y estas intervenciones normalmente se llevan a cabo sin el consentimiento informado de las personas intersex o el de sus padres, madres o tutores legales. Zelada y Quesada indican que la OMS también ha rechazado las cirugías de «normalización genital» indicando que constituyen abusos en el contexto de la salud. Los autores informan que en 2016 se hizo pública una declaración «intersistema», en la que participaron órganos del sistema universal y de los sistemas regionales europeo, interamericano y africano, que propuso una prohibición absoluta de las cirugías de normalización genital.

Varios organismos y agencias de derechos humanos de Naciones Unidas han indicado que estas cirugías y procedimientos pueden tener como resultado afectar de manera total o parcial la capacidad reproductiva de las personas intersex[100]. La esterilización forzada es *per se* una grave violación de derechos humanos.

En el mismo sentido, el Comité de la ONU contra la Tortura y el Relator Especial de la ONU contra la Tortura han expresado su preocupación por la falta de consentimiento informado respecto de las cirugías «normalizadoras». El Comité recomienda que el Estado parte:

> adopte las medidas legislativas, administrativas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para garantizar el respeto de personas intersexuales, de modo que nadie sea sometido durante la infancia a procedimientos médicos o quirúrgicos no urgentes; [...] Garantice que ningún procedimiento quirúrgico o tratamiento médico se lleve a cabo sin el pleno

98 Ib, párr. 185

99 Ib párr. 185

100 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ONU Mujeres, ONUSIDA, PNUD, UNFPA, Unicef y Organización Mundial de la Salud, Eliminando la esterilización forzada, coercitiva e involuntaria: un pronunciamiento interagencial, 2014, pág. 7.

> consentimiento de la persona y sin que la persona, sus padres o familiares cercanos hayan evaluado las opciones disponibles, incluida la posibilidad de aplazar cualquier decisión sobre un tratamiento innecesario hasta que puedan decidir por sí mismos[101].

El Relator Especial de la ONU sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, se ha pronunciado sobre la importancia del consentimiento informado para las personas intersex, recomendando que los proveedores de servicios de salud se esfuercen por posponer las intervenciones invasivas e irreversibles que no son de emergencia hasta que el paciente tenga la suficiente madurez para dar su consentimiento informado[102]. El Comité de Derechos Humanos de la ONU, ha indicado a los estados:

> que debe adoptar las medidas apropiadas para [...] reforzar las medidas encaminadas a poner fin a la realización de actos médicos irreversibles, especialmente operaciones quirúrgicas, en niños intersexuales que aún no son capaces de dar su consentimiento pleno, libre e informado, salvo en los casos en los que dichas intervenciones sean absolutamente necesarias por razones médicas. El Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en relación a su observación general núm. 18 (2014) sobre las prácticas nocivas, el Comité recomienda que los estados garanticen que Derecho a la salud, física y psíquica[103].

---

101 AT/C/FRA/CO/7 (CAT 2016), para. 34, 35. citado por OHCHR Technical note on the human rights of intersex people: human rights standards and good practices ohchr-technical-note-rights-intersex-people.pdf consultado el 8 de junio 2024.

102 CIDH *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay*, ... par 188.

103 CCPR/C/KEN/CO/4 (CCPR 2021), para. 13(e). citado por OHCHR Technical note on the human rights of intersex people: human rights standards and good practices ohchr-technical-note-rights-intersex-people.pdf consultado el 8 de junio 2024

El Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en relación con su Observación general n.º 18 (2014) sobre las prácticas nocivas, el Comité recomienda:

> que el Estado parte: [...] c) Garantice que nadie sea sometido a tratamientos médicos o innecesario durante la infancia o la niñez, garantice la integridad corporal, la autonomía y la autonomía y autodeterminación de los niños afectados y proporcione a las familias con niños intersexuales; (d) Proporcionar reparación a las víctimas de tales tratamientos. (e) eduque a los profesionales médicos y psicológicos sobre la diversidad sexual, biológica y e) Educar a los profesionales de la medicina y la psicología sobre la diversidad sexual y la diversidad biológica y física conexas y sobre las consecuencias de las intervenciones innecesarias en los niños intersexuales[104].

El Relator Especial de la ONU sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ha reconocido que los tratamientos médicos de carácter invasivo e irreversible, en caso de que carezcan de finalidad terapéutica, pueden constituir tortura y malos tratos si se aplican o administran sin el consentimiento libre e informado del paciente[105]. El Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad indica:

> se adopten disposiciones legislativas claras que prohíban explícitamente prohibir la realización de intervenciones médicas innecesarias, invasivas e irreversibles incluidos los

104 CRC/C/GBR/CO/5 (CRC 2016), para. 47c, d, e. citado por OHCHR Technical note on the human rights of intersex people: human rights standards and good practices ohchr-technical-note-rights-intersex-people.pdf consultado el 8 de junio 2024

105 Naciones Unidas Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párr. 32; Ver también, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/63/175, 28 de julio de 2008, párr. 47.

procedimientos quirúrgicos, hormonales u otros procedimientos médicos en niños intersexuales antes de una edad en la que puedan dar su consentimiento informado[106].

Y en el mismo sentido lo recomendado por el Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, incluyendo el proporcione a las familias de los niños intersexuales asesoramiento y apoyo adecuados[107].

Es fundamental generar un marco jurídico de reconocimiento y protección de los derechos de las personas intersex, que no tiene cuerpos «patológicos» sino diferentes. Según la investigación de Alvarez, al 2020 se identificaron ocho países en cinco continentes (África, Asia, Europa, Oceanía y América Latina) han desarrollado marcos normativos de protección de los derechos de las personas intersex. El pionero ha sido Sudáfrica (2005), posteriormente Alemania (2013), Australia (2013), Kenia (2014), Nepal (2015), Malta (2015), Chile (2016) y Portugal (2018)[108]. La ley uruguaya de violencia de género contra las mujeres (2017) pide la prohibición de procedimientos médicos innecesarios en niños y adolescentes intersexuales. Malta, Portugal y Alemania han prohibido las cirugías no consentidas y médicamente innecesarias en menores intersexuales, así como el gobierno del estado indio de Tamil Nadu, después de que un tribunal indio dictaminara que «el consentimiento de los padres no puede considerarse como el consentimiento del menor»[109].

---

106 CRPD/C/NZL/CO/2-3 (2022), para. 36(b). See also CRPD/C/FRA/CO/1 (2021), para. 37(c); CRPD/C/CHE/CO/1 (2022), para. 36(c); CRPD/C/IND/CO/1 (2019), para. 37(c). citado por por OHCHR Technical note on the human rights of intersex people: human rights standards and good practices ohchr-technical-note-rights-intersex-people.pdf consultado el 8 de junio 2024.

107 CEDAW, CEDAW/C/MEX/CO/9 (CEDAW 2018), para. 22 citado por OHCHR Technical note on the human rights of intersex people: human rights standards and good practices ohchr-technical-note-rights-intersex-people.pdf consultado el 8 de junio 2024.

108 Alvarez Alvarez, Brenda op cit

109 Frieder, Ann. «Intersex Intervention: A Health and Human Rights Perspective». Harvard Human rights Journal Intersex Intervention: A Health and Human Rights Perspective (harvard.edu) consultado el 9 de junio 2024.

En 2022, Grecia promulgó protecciones en la Ley n.º 4958/2022 Gaceta del Gobierno 142/A/21-7-2022 «Reformas en materia de reproducción médicamente asistida y otras normativas urgentes», que prohíbe las intervenciones médicas en menores intersexuales de 15 años. Las intervenciones solo podrán realizarse con autorización judicial para «procedimientos o tratamientos médicos que no puedan posponerse hasta que el menor alcance la edad de quince (15) años y no causen otras complicaciones futuras, irreversibles o significativas para la salud del menor[110].

En 2023, España aprobó la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGBTI, que prohíbe «toda práctica de modificación genital en menores de doce años, salvo indicación médica en contrario para proteger la salud de la persona». En el caso de menores de entre doce y dieciséis años, dichas prácticas solo se permitirán a petición del menor, siempre que, debido a su edad y madurez el menor pueda dar su consentimiento informado para la realización de dichas prácticas. La participación de menores se garantizará, en la medida de lo posible, en el proceso de toma de decisiones y también exige protocolos sobre la prestación de asesoramiento y apoyo, incluido apoyo psicológico a los menores intersexuales y sus familias[111].

Se ha considerado que un esquema protector de los derechos de las personas intersex debe contemplar[112]:

---

110 https://www.e-nomothesia.gr/kat-ygeia/tekhnete-gonimopoiese/nomos-4958-2022-phek-142a-21-7-2022.html with translation into English by Nikoletta Pikramenou at https://intersexgreece.org.gr/en/2022/07/25/3449/ citado por OHCHR Technical note on the human rights of intersex people: human rights standards and good practices ohchr-technical-note-rights-intersex-people.pdf consultado el 8 de junio 2024.

111 España, Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, Art. 19. citado por OHCHR Technical note on the human rights of intersex people: human rights standards and good practices ohchr-technical-note-rights-intersex-people.pdf consultado el 8 de junio 2024.

112 OHCHR Technical note on the human rights of intersex people: human rights standards and good practices ohchr-technical-note-rights-intersex-people.pdf consultado el 8 de junio 2024.

a) Prohibir las intervenciones médicas forzadas o bajo coacción con respecto a las características intersexuales.
b) Combatir el infanticidio y otras formas de violencia contra los niños intersexuales.
c) Garantizar el acceso pleno e igualitario a la atención sanitaria.
d) Prohibir y combatir la discriminación contra las personas intersexuales, incluso en la educación, el empleo en los entornos sanitarios, en las actividades recreativas, en los deportes y en todos los aspectos de la vida cultural, así como en el acceso a los servicios.
e) Garantizar el acceso a la justicia y a un recurso efectivo.
f) Proporcionar a las personas pleno acceso a su propio historial médico.
g) Garantizar el reconocimiento legal de las identidades de género.

El Parlamento Europeo emitió una resolución en la que «condena enérgicamente los tratamientos y las cirugías de normalización del sexo» y anima a los Estados miembros a adoptar «lo antes posible» una legislación que proteja la integridad corporal de las personas intersexuales. Se «condena firmemente los tratamientos normalizadores del sexo y las intervenciones quirúrgicas; acoge con satisfacción las leyes que prohíben las intervenciones quirúrgicas (como en el caso de Malta y Portugal) y anima a otros Estados miembros a adoptar una legislación similar en el plazo más breve posible»[113].

Un reciente trabajo de revisión de estudios cualitativos y cuantitativos sobre la compresión de la intersexualidad ha dejado en evidencia lo que se ha discutido a lo largo de este escrito: la fundamentación social cultural, no médica, o terapéutica de las intervenciones en bebés intersex:

113 Resolución sobre los derechos de las personas intersexuales, Eur. Parl. Doc. B8-0101, párr. 2, (2 de agosto de 2019) Textos aprobados - Derechos de las personas intersexuales - Jueves 14 de febrero de 2019 (europa.eu) consultada el 9 de junio 2024.

Algunos consideran que las intervenciones quirúrgicas en bebés con características intersexuales están justificadas por el hecho de que conllevan un alto riesgo de estigmatización intolerable[114].

Los investigadores llegan a esta conclusión:

la estigmatización de las personas intersexuales es un problema real, pero instamos a que la ética de nuestros colegas médicos se base en la comprensión de que se trata de una experiencia variable, y de la que, durante casi dos siglos, algunas autoridades médicas ha dudado que el estigma justifique la normalización quirúrgica. Somos conscientes de que este replanteamiento de la relación entre estigma y necesidad médica puede crear una disonancia cognitiva entre la autoridad médica tradicional y la apertura a las aportaciones de otras disciplinas[115].

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS BUENAS PRÁCTICAS Y PARÁMETROS DE REFERENCIA PARA ASEGURAR UN TRATAMIENTO RESPETUOSO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS INTERSEX

a) Evitar la medicalización de la condición intersexual y el modelo médico de protección que coloca como patología lo que es una condición de variedad en el cuerpo sexuado. La medicalización de las condiciones humanas resulta en un reduccionismo que niega la identidad del sujeto en pos de facilitar la identificacion de un caso o patología. Si bien puede ser percibida como útil a los fines de facilitar el acceso a la atención médica, por utilizar denominaciones que coinciden con los nomencladores de algunas guías sanitarias,

114 Hegarty P, Smith A. Public understanding of intersex: an update on recent findings. Int J Impot Res. 2023 Feb; 35(1):72-77. doi: 10.1038/s41443-021-00485-w. Epub 2022 Jan 14. PMID: 35031713; PMCID: PMC9935380. Public understanding of intersex: an update on recent findings - PMC (nih.gov) consultado el 9 de junio 2024.

115 Ibidem.

ello no es razón suficiente para adoptar una mirada que encasille o reduzca a un individuo.

b) Evitar el reduccionismo genético: el dato genético debe ser valorado en el contexto del caso concreto, sin dársele un peso determinante per se, aislado y descontextualizado de los otros elementos. En este caso resulta definitorio que la identidad de género de Eiden, la identidad en la cual él se percibe y con la cual transita la existencia coincide con el dato de su sexo genético. Si Eiden no hubiera sentido esta discordancia entre el sexo asignado legalmente y quien realmente el sentía y sabía que era, nunca hubiera indagado y jamás hubiera llegado a los estudios que confirmaron sus intuiciones. Eiden, como tantas otras personas intersex, hubiera vivido su vida como alguien de sexo femenino, aun cuando sus cromosomas sexuales hubieran indicado que era de sexo masculino. En este caso, el dato genético resulta de fuerte peso porque coincide con su identidad de género, condición protegida por la Convención Americana de Derechos humanos y el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, pero ello no significa dotar al dato genético de más valor del que tiene, descontextualizado.
c) Evaluar la imperiosa necesidad de prohibir las intervenciones quirúrgica cosméticas normalizadoras en bebés intersex que no respondan a una estricta necesidad terapéutica, rigurosamente justificada y avalada por un comité de bioética.
d) Atender a las recomendaciones del derecho internacional de derechos humanos en materia de protección de los derechos humanos de las personas intersex.
e) Atender a las recomendaciones del sistema internacional de derechos humanos para establecer un mecanismos sencillo y veloz de rectificación registral que permita amparar los derechos de las personas intersex, trans o no binarias.
f) Determinar la posibilidad de demorar o no realizar la inscripción en el casillero «sexo» de bebés intersex o bien establecer un sistema veloz y sencillo que permita contar con un documento legal de identificación de un nacido por fuera de la opción binaria, como mecanismo protector de sus derechos.

Niños, niñas y adolescentes con autonomía progresiva y responsabilidad parental

Aída Kemelmajer
Exjueza de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, Argentina
aidakemelmajer@carlucci.com.ar

1. Introducción

Me propongo analizar el impacto del reconocimiento de la autonomía progresiva de los niños, las niñas y los adolescentes (de ahora en adelante NNA) en la responsabilidad parental a diez años de la sanción del Código Civil y Comercial argentino (de ahora en adelante CC y C).

2. Punto de partida

Las transformaciones legales de la responsabilidad parental en las últimas décadas han sido tan profundas que puede decirse que se ha producido un cambio de paradigma (Kemelmajer y Molina, 2015). La mutación se produjo no solo en Argentina, sino también en todos los países que responden a la llamada tradición occidental (Herrera y Lathrop, 2021).

La aparición del concepto «niño sujeto de derecho merecedor de un plus de protección» requirió una nueva regulación legal que dejara atrás el verticalismo rígido de la vieja patria potestad e incluyera mayor participación del NNA (Panatti y Pennise, 2019).

En su mayoría, los cambios legales tuvieron origen en una jurisprudencia progresista que venía haciendo una relectura de

los textos para responder a las nuevas necesidades de la sociedad (Lloveras, Orlandi y Tavip, 2014).

La regulación de la responsabilidad parental en el CC y C, como en tantas otras materias relativas al derecho de las relaciones familiares, responde a las convenciones internacionales de derechos humanos; en este sentido: (i) incorporó el protagonismo de los NNA en las decisiones que afectan sus derechos sobre la base de los principios de interés superior, autonomía progresiva y derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, (ii) reformuló los roles que la sociedad asignaba a las mujeres y hombres en el ejercicio de su parentalidad, y (iii) acentuó la perspectiva de género (Tordi, 2020).

Se produjo, entonces, el gran paso «de la patria potestad a la responsabilidad parental» (Grosman, 2016, p. 668) que, en Argentina, comenzó a consolidarse en el año 1985 con la Ley 23264 (Lloveras, Orlandi y Tavip, 2014).

La nueva normativa implica un reajuste sustancial de las reglas de juego (Bigliardi, 2012). No debe extrañar, pues, que el artículo 639 del CC y C disponga:

> Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:
>
> a) El interés superior del niño.
> b) La autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos.
> c) El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

De este modo, autonomía progresiva y responsabilidad parental ejercen entre sí efectos inversamente proporcionales; es decir, asumir que un NNA cuenta con un determinado grado de autonomía que le permite tomar decisiones obliga a la responsabilidad parental a «retroceder». A la inversa, cuestiones que por su trascendencia exigen una fuerte participación de los responsables familiares o niños

con escasa madurez y desarrollo para implicarse en las decisiones, habilitan un mayor despliegue del ejercicio de la responsabilidad parental (Fernández, 2015). Por eso, el artículo 639 inciso b) dice enfáticamente: «A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos».

3. Principio de la autonomía progresiva

3.1. Fuentes internacionales. La autonomía como principio general. Los adolescentes como categoría especial

Mayoritariamente, la doctrina ubica a la autonomía progresiva entre los principios generales de la niñez (Loyarte, 2021); más aún, se lo califica de «troncal» (Fernández, 2021) o «columna vertebral» (Ditieri, 2019). Estas afirmaciones se fundan en textos internacionales que reconocen una infancia y adolescencia que se introduce gradualmente en el ejercicio de los derechos (Fernández, 2021). Véase el artículo 5 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (de ahora en adelante CDN) que dispone lo siguiente:

> Los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención.

Asimismo, el artículo 12.1. de la Convención Internacional de los Derechos del Niño dispone:

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

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

La Observación general n.° 12 (2009) del Comité Internacional de Derechos Humanos se titula «El derecho del niño a ser escuchado» y explica:

> 30. Madurez hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayor sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.
> 31. Debe prestarse atención a la noción de la evolución de las facultades del niño y a la dirección y orientación que proporcionen los padres.

La Observación general n.° 7 del mismo Comité Internacional de Derechos Humanos afirma:

> Los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

Por razones psicosociales, los adolescentes son los que ostentan mayor protagonismo.

Así, la Observación general n.° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia del Comité IDN refiere:

> 20. Al tratar de asegurar un equilibrio adecuado entre el respeto al desarrollo evolutivo de los adolescentes y unos niveles de protección apropiados, se deben tener en cuenta una serie de factores que influyen en la toma de decisiones, como el nivel de riesgo implicado, la posibilidad de explotación, la comprensión del desarrollo de los adolescentes, el reconocimiento de que las competencias y la comprensión no siempre se desarrollan por igual en todos los ámbitos al mismo ritmo, y el reconocimiento de la experiencia y la capacidad de la persona.

El Comité Internacional de Derechos Humanos no olvida la discriminación de género:

> 27. Durante la adolescencia, las desigualdades de género cobran una mayor dimensión. La discriminación, la desigualdad y la fijación de estereotipos contra las niñas suelen adquirir mayor intensidad y redundar en violaciones más graves de sus derechos, como el matrimonio infantil y forzado, el embarazo precoz, la mutilación genital femenina, la violencia física, mental y sexual por razón de género, el maltrato, la explotación y la trata. Las normas culturales que atribuyen una condición inferior a las niñas pueden aumentar las posibilidades de confinamiento en el hogar, falta de acceso a la educación secundaria y terciaria, escasas oportunidades de esparcimiento, deporte, recreación y generación de ingresos, falta de acceso al arte y la vida cultural, pesadas tareas domésticas y la responsabilidad del cuidado de los hijos. En muchos países, las niñas registran niveles más bajos que los niños en los índices de salud y satisfacción vital, una brecha que aumenta gradualmente con la edad.

El mismo documento internacional se detiene en la situación de los adolescentes a cargo de sus familias:

> 55. Un gran número de adolescentes son los cuidadores principales de sus familias, ya sea porque ellos mismos son los progenitores o porque sus padres han muerto o desaparecido o están ausentes. Los artículos 24 y 27 de la convención exigen que los padres y los cuidadores adolescentes conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, así como las ventajas de la lactancia materna, y reciban apoyo adecuado para ayudarlos a cumplir sus responsabilidades hacia los niños que se encuentren bajo su responsabilidad, así como, en su caso, asistencia material en lo que se refiere a la nutrición, el vestido y la vivienda. Los cuidadores adolescentes necesitan un apoyo adicional para disfrutar de su derecho a la educación, el juego y la participación. En particular, los Estados deben realizar intervenciones de protección social durante las etapas clave del ciclo vital y responder a las necesidades específicas de los cuidadores adolescentes.

La autonomía progresiva también ha sido abordada por la Corte IDH. Así, en la Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 se lee:

> Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de tres años no es igual a la de un adolescente de dieciséis años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.

Igual criterio utilizó en el caso «Atala Riffo e hijas contra Chile» en el que dispuso —como medida de mejor proveer— que las

tres niñas de doce, trece y diecisiete años declararan ante esa Corte. Advirtió que ellas tenían diferente desarrollo madurativo, por lo cual podían existir diferencias en sus opiniones y en el nivel de autonomía personal para el ejercicio de los derechos de cada una (Kemelmajer y Herrera).

En «Ramírez Escobar y otros contra Guatemala» de 09 de marzo de 2018 resaltó que:

> la debida protección de los derechos de las niñas y niños en su calidad de sujetos de derechos debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Las niñas y los niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, la convención dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o los niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para los adultos. (párr. 150)

3.2. La autonomía progresiva en el CC y C argentino

Los fundamentos del anteproyecto que sirvió de base al texto vigente recuerdan que:

> la regla de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a la de responsabilidad, cuyo ejercicio requiere tener en consideración, con respecto al hijo la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención. (Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 5)

El fin último es que los niños, las niñas y los adolescentes estén plenamente preparados para una vida independiente en sociedad y ser educados en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta

de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Consecuentemente, en absoluta consonancia con esa Convención, el CC y C regula la aptitud jurídica de las personas que no han alcanzado la plena capacidad civil teniendo en cuenta no solo la pauta dura o inflexible de la edad, sino otra flexible: el grado de madurez (artículos 24, 26, 66, 404, 425, 595, 596, 598, 608, 613, 617, 626, 627, 639, 679, 690, 707, entre otros más). Sintetizando la nueva normativa se ha dicho:

> Los cambios proclamados en la CDN lograron ser captados en el Código Civil y Comercial, como: a) el reconocimiento de la capacidad de la persona humana, en armonía con el principio de autonomía progresiva, b) el concebir la representación legal como un instituto que no sustituye la voluntad del representado, sino como un medio de cuidado, protección y acompañamiento, c) pensar la responsabilidad parental como una función que cede su espacio cuando la capacidad madurativa de los hijos lo reclama, d) el protagonismo que el adolescente tiene en las decisiones que se vinculan con sus derechos personalísimos, con especial connotación en lo que refiere al derecho al cuidado del propio cuerpo. (Krasnow, 2021)

Además, el CC y C incorporó la categoría del adolescente. El artículo 25 del CC y C reconoce a la adolescencia como categoría diferenciada dentro del universo de las personas menores de edad: «Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años». El reconocimiento no se ciñe a una cuestión nominal, sino que provoca efectos jurídicos concretos, asociados a la presunción de capacidad para ejercicio de actos determinados, entre otros, la posibilidad de intervenir en juicio con asistencia letrada. En este sentido, el Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia realizado en Mendoza los días 9 a 11 de agosto de 2018, concluyó que:

> La capacidad de ejercicio de la persona mayor de trece años se presume, de conformidad con lo dispuesto por el art. 677, en concordancia con lo establecido en el art. 261 inc. c) CC y C, normas que consagran una presunción *iuris tantum* de que todo adolescente posee suficiente autonomía para intervenir en un proceso juntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada.

Adicionalmente, el nuevo código reconoció una especie de mayoría de edad anticipada para los actos sobre el propio cuerpo. Incluso cuando ha sido objeto de críticas (Andreu, 2018), la expresión «mayoría de edad sanitaria», resulta sumamente ilustrativa (Kemelmajer, 2001). Un sector de la doctrina entiende que el adelantamiento de la capacidad a los dieciséis años prevista en el último párrafo no impide que las decisiones sean tomadas con el acompañamiento de los progenitores, pues la orientación y contención para operar responsablemente en el cuidado de la salud de un NNA se encuentra primordialmente en el contexto familiar; por lo tanto, «prima facie», los progenitores no deben ser excluidos (Bertoldi y Stein, 2015).

3.3. Lineamientos básicos. Fundamento

A diferencia de la capacidad, la autonomía progresiva no se alcanza en un momento preciso, no se adquiere o pierde en un día o en una semana, no es algo rígido a «todo o nada», no se encuentra inserta en moldes rígidos. Por el contrario, exige una valoración compleja de cada caso que se nutre de pautas que, como regla, funcionan como conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo, evolución, desarrollo, madurez, entre otros). Es decir, se trata de un elemento de desarrollo evolutivo que va adquiriéndose con la madurez psicológica y cognitiva, y que puede y debe graduarse en función de la decisión a tomar y del alcance y la magnitud de sus consecuencias.

La necesidad de salir de un sistema jurídico rígido binario (capacidad/incapacidad) se funda en que la persona menor de edad no cambia abruptamente de un día para otro, por el contrario, transita un proceso evolutivo en el cual va construyendo su aptitud para ir

tomando decisiones; por eso, su protagonismo en las cuestiones de su interés debe incrementarse gradualmente y acomodarse en función de la decisión a tomar y del alcance y magnitud de sus consecuencias. El desarrollo de los niños desde la primera infancia va consolidando fortalezas de distinto tipo: físicas (para afrontar barreras cotidianas), intelectuales (por ejemplo, adquisición del lenguaje, comprensión de conceptos básicos), sociales (por ejemplo, aprendizaje acerca de la propia identidad, relaciones dentro de la familia), emocionales (por ejemplo, establecimiento de relaciones como el amor, el afecto, el sentido de seguridad) (Rappazzo, 2017). El derecho debe tomar en cuenta esos procesos de maduración ligados no solo al patrón biológico o etario, sino también a factores de interacción social y desarrollo cognitivo. Desde esta perspectiva, la autonomía progresiva resulta un parámetro para graduar la posibilidad de ejercer por sí solo los derechos, según una serie de pautas (Baliero, 2021).

El reconocimiento de la capacidad progresiva implica poner la atención en la personalidad del niño y en el respeto de las necesidades que se presentan en cada periodo de la vida. Así, la «autonomía personal», aquello que cada persona quiere ser (el proyecto de vida propio) se manifiesta en la «autonomía progresiva» como el reconocimiento del sistema jurídico de esta facultad en favor de sujetos que se encuentran creciendo, evolucionando, desarrollando y creando su propia historia (Cantore, 2021).

La aceptación del concepto también es útil para generar cambios sociales. El proceso de socialización y maduración de los adolescentes genera que los adolescentes tengan mayores posibilidades que los adultos de modificar sus conductas. Dicho de otro modo, los NNA son altamente receptivos a las transformaciones y más permeables que los adultos al contexto en el que se desarrollan; de allí que sean «agentes de cambio social sumamente valiosos para torcer el rumbo de una sociedad signada por la desigualdad, la violencia y la discriminación» (Zuccarini, 2019).

3.4. La valoración de la aptitud del NNA en concreto

La capacidad y discernimiento cronológicos de las personas menores de edad tienen que ser complementados con un criterio de capacidad y discernimiento reales, debiendo el juez —en cada caso— evaluar si el sujeto concreto, en atención a su capacidad progresiva, cuenta con la suficiente madurez para llevar a cabo por sí —autónomamente— una determinada actuación. El procedimiento es necesario pues tan dañino o violatorio al principio del interés superior es impedir el ejercicio de derechos cuando el hijo está en condiciones de hacerlo como, la inversa, habilitarlo a decidir por sí cuando no se encuentra preparado (Herrera, 2015). En este sentido, desde la judicatura se afirma que:

> La noción de autonomía progresiva no se encuentra sujeta al estricto cumplimiento de una determinada edad cronológica, sino que, atendiendo al caso concreto, y la calidad de acto de que se trate, habrá de ameritarse el grado de madurez tanto psíquica-anímica como intelectiva alcanzada por el niño, a fin de verificar, si cuenta con la cabal comprensión de la situación planteada y, en tal caso, pueda ejercer por sí los derechos que le asistan.

3.5. La autonomía progresiva no puede ser invocada en perjuicio del NNA

Dada la estrecha vinculación entre autonomía progresiva e interés superior del NNA, es evidente que la autonomía no puede ser invocada en su perjuicio. En efecto, el norte de toda decisión es el interés superior del niño (Convención Internacional de los Derechos del Niño, artículo 3). Por eso, es una verdad evidente que la flexibilidad propia de la autonomía progresiva no debe habilitar al NNA a ejercer actos que puedan irrogarle daños, precisamente, por no comprender los riesgos y desventajas de tal actuar.

Esta afirmación debe ser recordada frente a algunos planteos defensivos verificados en juicios en los que los niños son víctimas; en este sentido, un tribunal rechazó la defensa de los demanda-

dos quienes —absurdamente— sostenían que siendo la víctima una adolescente de dieciséis años, con suficiente autonomía, sus padres no estaban legitimados para representarla en juicio.

3.6. El ejercicio de la responsabilidad parental por los progenitores adolescentes

El reconocimiento de la autonomía progresiva encuentra uno de los puntos de máxima expresión en la regulación de la responsabilidad parental del progenitor adolescente (Mizrahi, 2015). El régimen anterior no reconocía esta atribución y, consecuentemente, no guardaba consonancia con las directrices marcadas por la CDN.

La solución vigente fue recomendada en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso de Derecho Civil, llevado a cabo en Córdoba en el año 2009, donde se señaló que: «Se debe reconocer la capacidad progresiva de los padres menores de edad en el ejercicio de la función parental respecto de sus hijos».

La cuestión es de alta relevancia social y jurídica: los nacimientos de madres adolescentes representan el 15 % de los nacimientos registrados (Videtta y Coler, 2020).

Sobre la base de la autonomía progresiva, el artículo 644 del CC y C reconoce que los progenitores adolescentes pueden llevar adelante los actos de vida cotidiana de sus hijos, siendo los protagonistas de su crianza, con limitaciones referidas a los actos de gravedad o envergadura (Jáuregui, 2022). La norma prevé una doble protección destinada tanto a los progenitores adolescentes como a sus hijos; para ello, los adultos acompañan, guían y orientan al hijo adolescente en las decisiones, sin sustituirlos ni desplazarlos.

Nadie afirma que la situación sea fácil. Ejercer con responsabilidad y equilibrio la función parental no es tarea sencilla, ni siquiera para los mayores de edad. En definitiva, el código establece un sistema que se aleja de posiciones extremas; es decir, ni un paternalismo extremo que anule al progenitor adolescente, ni tampoco un trato indiscriminado que posicione al adolescente en el mismo lugar que al adulto, pues en su condición de persona en desarrollo requiere medidas de especial protección.

3.7. Otras normas específicas del CC y C que vinculan la responsabilidad parental y la autonomía progresiva

Otras normas (además de las mencionadas) vinculan la responsabilidad parental a la autonomía progresiva (Radcliffe, 2024). Véase:

a) Artículo 680: faculta al hijo adolescente a estar en juicio sin necesidad de autorización de sus progenitores, entre otras situaciones, cuando sea acusado criminalmente o si desea reconocer hijos.
b) Artículo 26: el NNA tiene derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.

3.8. La autonomía progresiva y la duración de los procesos

Un presupuesto de la autonomía progresiva es, precisamente, que la madurez que le da base se va adquiriendo con el transcurso del tiempo y los conocimientos y experiencias adquiridos. La lentitud del proceso puede implicar que la situación que enfrentó el juez de primera instancia haya cambiado cuando la causa llega a los tribunales superiores. Por eso, el superior no siempre revoca la decisión porque haya sido errónea en su momento, sino porque tiempo después no tiene base fáctica.

Véase el siguiente caso: la sentencia de primera instancia hizo lugar a la revinculación del padre con sus dos hijas mellizas nacidas como efecto del abuso sexual ejercido por el padre contra la progenitora. Cuando el expediente llegó a la Cámara, las niñas habían tomado conciencia de los alcances de la situación y manifestaron su negativa a verlo. Consecuentemente, y conforme a la jurisprudencia de la CSN que manda a tener en cuenta la situación al momento de la sentencia, se hizo lugar al recurso de apelación deducido por el Ministerio Público. Según la sentencia se señaló que:

> si bien la juez no contó con elementos que le indicaran la existencia de las razones suficientes para rechazar el pedido de fijación de régimen de comunicación entre el actor y las niñas, los hechos sobrevinientes a la sentencia de grado y acreditados

fehacientemente durante la tramitación del presente recurso, dejan al descubierto la necesidad de restringir, por lo menos por ahora, el contacto paterno filial en protección de la integridad de las niñas y en respeto por su mejor interés.

El mejor interés de las mellizas de doce años es decidir cuándo y cómo quieren contactarse con su padre biológico, siendo necesario que ellas conozcan —en la medida que su madurez se los permita y con el correspondiente acompañamiento terapéutico— la verdad sobre su origen, aunque sea doloroso.

3.9. Un muestreo no exhaustivo de aplicación de las reglas mencionadas

El articulado mencionado ha dado lugar a una nutrida jurisprudencia en torno a materias muy diversas. Por ejemplo, en el ámbito del derecho al nombre, se ha acogido la petición judicial del adolescente de modificar su apellido porque debido a que fue abandonado por el padre, no se siente identificado con ese nombre, sino con el de su madre o porque el padre fue condenado por homicidio contra la madre; también, para conservar el de su madre, no obstante haber sido reconocido posteriormente por el padre o para mantener el de quien era su padre legal, aunque posteriormente fue desplazado en razón de una acción de impugnación de paternidad porque es socialmente conocido con ese nombre aunque sea de alguien que ya no es jurídicamente su padre (Sentencia A., D.R. vs. C., D.C. y otro s/ impugnación de reconocimiento y reclamación de filiación, 2017).

A continuación, haré referencia a dos supuestos específicos planteados frecuentemente ante los jueces: el derecho a la comunicación y el derecho a la salud.

3.9.1. El derecho a la comunicación y la oposición del NNA con autonomía suficiente

a) Muestreo jurisprudencial

La autonomía progresiva puede ser un elemento que debilita la eficacia de las decisiones judiciales en materia de comunicación si el

NNA se opone. En los últimos tiempos, es frecuente que los tribunales rechacen el pedido del progenitor con base en el respeto a esa voluntad (Fernández, 2015), tal como surge del siguiente muestreo:

- Corresponde desestimar el régimen de comunicación solicitado por el padre, con relación a su hija de diecisiete años toda vez que:

  lamentablemente, la adolescente persiste en su negativa a relacionarse y a mantener contacto con él. La resistencia, que no es sino la reiteración de una conducta que data de hace ya varios años, no solo se tradujo en lo que ella expresó en sede judicial en el sentido de que no desea retomar ningún contacto con su padre, sino también en su negativa a colaborar en la realización de la prueba pericial psicológica ofrecida por su propia madre. No se trata de desconocer la importancia que conlleva un adecuado régimen de comunicación paterno filial, pero forzar la vinculación de la adolescente con su padre, pese a la inequívoca y reiterada negativa a que se ha hecho referencia, podría implicar, en lo inmediato, un perjuicio mayor para su salud psíquica que el que se intenta evitar. Además, dado que cualquier decisión que pueda adoptarse no podría proyectar sus efectos más allá de la fecha en que la hija cumplirá dieciocho años, se concluye en la conveniencia de mantener la solución de primera instancia, dejando en manos de la adolescente la decisión sobre el modo en que desarrollará la relación con su padre. El sentido de esta decisión es el que mejor atiende el superior interés de la citada adolescente —que debe prevalecer aún por sobre el derecho de comunicación que asiste a su progenitor— cuya madurez, dada su edad, descarta cualquier influencia negativa de su madre en la toma de decisiones sobre su relación con el apelante. (Sentencia P.B., R.A. vs. D., C.M. s/ régimen de visitas, 2016)

- Corresponde suspender —provisoriamente— el tratamiento de revinculación con base en la opinión del adolescente, el principio de su autonomía progresiva consagrado en el artículo 707 del

Código Civil y Comercial y lo informado por dos psicólogas que han intervenido en el caso.

- Se revoca la decisión que dispuso comenzar un proceso de revinculación de la adolescente con su madre dado que, autónomamente, la hija se niega a tener vinculación.
- Se deja sin efecto la medida autosatisfactiva peticionada por el padre para restablecer comunicación con el hijo de quince años, acompañada de terapia familiar porque:

  a la luz del derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta y al reconocimiento de su capacidad progresiva, su negativa autónoma y autosuficiente manifestada en audiencia por ante esta corte debe ser respetada y aceptada por los tribunales a la hora de resolver acerca de su futuro, ya que lo contrario implicaría vulnerar la protección de su interés superior. No es lo mismo la opinión de un adolescente de quince años que la de un niño de escasa edad. Pertenecer a la categoría jurídica de adolescente permite presumir que ha alcanzado una cierta madurez para tomar decisiones, ejercer determinados actos y comprender el sentido de la intervención. En este nuevo diseño cobra relevancia el concepto de competencia, que depende de la edad, pero muy especialmente de la madurez, el entendimiento, las condiciones de su desarrollo, el medio socioeconómico y cultural, el conflicto específico de que se trate. (Sentencia n.° 13-03720355-0/1, 2016)

- Se confirma la sentencia que, luego de haber escuchado al niño de once años en audiencia privada y confidencial, suspendió el régimen comunicacional entre él y su progenitor. La sentencia señala:

  No resulta atendible el agravio del apelante en orden a que la sentencia así dictada no le permite conocer cuáles son los fundamentos que la sustentan, atento a que lo manifestado por el niño se evalúa como operación confidencial. La decisión de

suspender el régimen comunicacional de modo provisorio es congruente con los términos del acta labrada en ocasión de la escucha del niño (que no es confidencial para esta alzada), por lo que no merece reparos. La resolución fue adoptada teniendo en cuenta las inquietudes y deseos expresados por el niño en pleno ejercicio de su capacidad progresiva para el ejercicio de sus derechos personales fundamentales, que deben ser respetados y resguardados a fin de garantizar el irrestricto ejercicio de sus derechos y su interés superior.

- Se declara inconveniente la revinculación pedida ante la negativa de los jóvenes que cuentan actualmente con diecisiete y catorce años. Ello es así, sin perjuicio de que la situación fáctica pueda modificarse, a cuyo fin la madre deberá iniciar y/o continuar con un tratamiento psicológico individual que propenda el reinicio de un vínculo saludable con sus hijos en el que se focalizará —principalmente— en las necesidades reales de ellos. Asimismo, es correcta la decisión de otorgar la guarda de los jóvenes a sus tíos hasta tanto medie decisión judicial en contrario, pues ello redunda en su mejor interés, al brindarles estabilidad y la contención necesaria para el desarrollo de una personalidad saludable, así como el impedimento de someterlos a una nueva situación de vulnerabilidad.
- En un caso de una adolescente de catorce años, el tribunal afirmó:

  En la audiencia la adolescente de catorce años se mostró madura, con desempeño resuelto y plena conciencia de la trascendencia de la diligencia que se prestaba a realizar; se expresó con firmeza al relatar las experiencias vividas en torno a la problemática traída al proceso y explicó claramente los motivos que la llevaban a resistir que se le imponga la obligación de iniciar una relación con su padre; fue enfática en exponer que nunca tuvo un vínculo con él y que es su voluntad no tenerlo ahora. Esa impresión tomada de modo directo me lleva a no compartir la decisión del magistrado de la instancia anterior en cuanto a

que forzar esa comunicación, en las circunstancias actuales, implicaría desatender su mejor interés. Esa voluntad expresada libremente y sin condicionamientos debe ser respetada por sus padres y por el Estado en tanto proviene de una persona menor, de catorce años, que exhibe un desarrollo madurativo suficiente para decidir sobre sí misma y sobre este aspecto de su vida. Máxime cuando su decisión de no querer relacionarse con su padre no aparece como intempestiva ya que ha sido sostenida a lo largo de todo el proceso y encuentra sustento en vivencias de recurrente conflictividad. La conclusión que antecede no importa soslayar la trascendencia que tienen los vínculos afectivos que generan los denominados «lazos de sangre»; empero la deseable reversión del estado de situación actual no se va a lograr con mandatos voluntaristas que, aunque bien intencionados, no son una opción cuando importa avanzar por sobre la determinación asumida por una persona que cuenta con la madurez suficiente para decidir.

- Un juez de primera instancia concedió en forma cautelar y por el plazo de tres meses, la guarda de los niños a sus tíos paternos. Posteriormente, desestimó el pedido de la progenitora de los menores de revincularse con ellos, por entender que, en ese momento, no se encontraban dadas las condiciones para acceder a lo solicitado. La madre apeló. El tribunal de apelaciones confirmó la decisión con la siguiente línea argumental: «los tíos paternos están al cuidado de los jóvenes desde septiembre de 2017». La sala no desconoce el derecho y el deber de los progenitores de mantener contacto con sus hijos y la importancia que para aquellos reviste tal contacto; no obstante, la situación de hecho imperante y la problemática familiar vinculada al maltrato obligan a tomar medidas como la adoptada en la instancia de grado, a fin de resguardar el mejor interés de E y M, quienes férreamente sostienen la negativa a contactarse con su madre; por lo tanto:

no es la decisión judicial la que aleja la posibilidad de comunicación, sino la falta de compromiso de la Sra. S de accionar positivamente para que ello ocurra. La sola mención o deseo de revincularse con sus hijos, a quienes no ve desde hace cuatro años, no es suficiente, en este momento, para acceder a lo peticionado; no resulta aconsejable disponer la revinculación pedida ante la negativa de los jóvenes, sin perjuicio de que la situación fáctica pueda modificarse, a cuyo fin la Sra. S deberá iniciar y/o continuar con un tratamiento psicológico individual que propenda el reinicio de un vínculo saludable con sus hijos, focalizando principalmente en las necesidades reales de ellos.

- En un proceso iniciado por el padre en representación de sus hijas cuando tenían catorce, doce y diez años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la decisión que insistía en medidas de revinculación. El juez de primera instancia dispuso medidas de protección de las niñas, cuidado provisorio a cargo del progenitor, restricción de acercamiento de la madre al hogar conyugal, a los lugares de trabajo, estudio y esparcimiento del padre y de las hijas. Concretamente, prohibió a la madre ejercer cualquier acto de comunicación en relación con las niñas. La Cámara, en cambio, dispuso numerosas medidas tendientes a llevar a cabo la revinculación de las hijas con su madre. La decisión fue recurrida por el padre y las hijas, una de las cuales ya tenía dieciocho años. La CSN, siguiendo el criterio de la procuración, abrió el recurso; entendió que lo decidido tenía efectos análogos a los de una sentencia definitiva (mantener la decisión importaría atender menguadamente al derecho de las niñas a ser oídas y podría traer aparejado un gravamen de dificultosa o imposible reparación ulterior dada su crucial incidencia en la vida presente y futura de las niñas involucradas en un conflicto parental de larga data e, incluso, hasta agudizar una situación materno-filial que lucía y continúa seriamente complicada); revocó la decisión y, a tal efecto, mencionó, entre otros fundamentos que:

En la apreciación de las diferentes variables que contribuyen a conformar el concepto de «interés superior del niño», la opinión del NNA constituye un parámetro que en determinados asuntos adquiere y exige una imperiosa ponderación atendiendo a la edad y madurez de quien la emite, desde que no cabe partir de la premisa de que aquellos son incapaces de formarse un juicio propio ni de expresar sus propias opiniones.

Al margen de un deseo inicial de algunas de las niñas de no perder contacto con su madre que fue disipándose con el tiempo, la lectura de las actuaciones principales permite advertir que, a pesar de las sostenidas manifestaciones de voluntad y de los continuos reclamos de no ser escuchadas y de percibir el proceso como una tortura, se ha recurrido a diferentes alternativas judiciales para dar comienzo a un proceso de comunicación materno-filial que, lejos de poder concretarse, ha conducido irremediablemente a su fracaso sin que pueda —por el momento y en las condiciones actuales— vislumbrarse un horizonte cercano en el cual pueda plantearse con seriedad un mecanismo y ambiente propicio para tal fin, máxime frente a la edad de aquellas que, de algún modo, condiciona la viabilidad de las medidas que se intentan y han intentado implementar.

La cronicidad del conflicto parental en el que han quedado inmersas las niñas y la larga judicialización del proceso en el que se han visto involucradas como consecuencia de aquel, ha alcanzado un punto de inflexión que requiere la adopción de soluciones que no se aferren a metodologías que la realidad ha demostrado que no han dado —ni darán, según dejan traslucir los informes— los resultados esperados.

b) Presupuesto necesario de la jurisprudencia reseñada: la voluntad libre del NNA

La autonomía progresiva presupone que el NNA se expresa sin presiones. Por eso, en algunas situaciones especiales que hacen dudar sobre la existencia de una voluntad libremente asumida, algunos jueces hacen prevalecer el derecho de comunicación del progenitor.

En tal sentido, se afirma que el hecho de que el NNA sea escuchado y su opinión sea tenida en cuenta no significa que se deba decidir en coincidencia con él, pues la intervención no se le confiere como juez o árbitro, sino como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida. Por eso, el tribunal no debe seguirlo cuando advierte que no actúa como sujeto autónomo. Para ello, véase lo siguiente:

- Un informe de una psicóloga relató:

  cada vez que se encuentra con la madre, reacciona mediante una crisis nerviosa incontrolable; ni el padre lo puede contener; llora, grita, se tapa la cara, los oídos, patalea. La reacción puede estar cerca de un cuadro de descompensación infantil severa.

  Las verdaderas causas de este extremo no se conocen ni se conocerán nunca. Lo único que podemos aseverar es que el niño casi no ha tenido contacto con la madre y ha sido su padre el encargado principal de modelar hasta ahora lo que aparece como su precaria personalidad. El padre es un progenitor que, ostentando la tenencia absoluta de su hijo, dice que no obstaculiza el vínculo con el otro progenitor, en este caso, la madre; sin embargo, dicho vínculo nunca tuvo lugar, tras los reiterados intentos fallidos de la progenitora. En este movimiento alienante por parte del padre sobre su hijo se advierte una cosificación y una manipulación que, por sí mismos no van a revertir.

  Otra psicóloga afirmó que el padre:

  muestra características de agresividad, cinismo y dificultades en el control de sus impulsos; esto, sumado a sus características egocéntricas, narcisistas, puede llevar a que maneje o manipule situaciones en beneficio de sus propios intereses, sin poder tomar en cuenta las emociones y sentimientos generados en los otros sobre todo en la figura femenina, la cual se encuentra desvalorizada.

De estos informes, el juez dedujo:

A partir de esas apreciaciones efectuadas por la psicóloga forense, la expresión de voluntad y de deseo del niño respecto a no ver a su progenitora, sin dar motivos ni expresar razones de tal negativa, deberá estimarse en sentido relativo. Esto es así porque, si bien el niño tiene una edad que implica cierta madurez, lo cierto es que su personalidad se encuentra en proceso de desarrollo, por lo que aún no es susceptible de comprender la real dimensión del conflicto familiar planteado en sentencias. Más aún, cuando de las propias constancias de la causa surge claramente que la situación de conflictividad que se presentó en la relación de los progenitores repercutió en la relación paternofilial, presentándose como un obstáculo para la sana vinculación entre todos los miembros de esta familia. Todo permite vislumbrar que la expresión de deseos de no ver a su progenitora no es genuina o, al menos, él no está en condiciones de comprender cabalmente las consecuencias futuras de sus deseos. Por el contrario, resulta de la influencia que ejerce su progenitor conviviente, quien por las características propias de su personalidad tiende a manipular los deseos de su hijo.

- En ocasiones, el progenitor que lucha por el derecho a la comunicación reclama se realicen periciales para acreditar que la voluntad del hijo está viciada. Una situación interesante se planteó ante la Cámara de Apelaciones de Neuquén el 15 de marzo de 2023; las hijas, con su propio patrocinio, cuestionaron la resolución que disponía que debían someterse a una prueba pericial. El fallo hizo lugar al planteo de las adolescentes. Si bien reconoció el derecho constitucionalmente tutelado de probar que la negativa pertinaz de sus hijas a tener contacto con él no era una decisión propia de ellas, sino que respondía a la influencia materna, y que no existía riesgo para ellas en retomar la relación paterno-filial, interpretó que existían otros medios de prueba idóneas para acreditar los hechos controvertidos. Por lo tanto, se sostuvo que:

el conocimiento de la verdad no puede ser logrado a costa de cualquier cosa, siendo también un mandato constitucional aquel que prescribe tutelar a las personas vulnerables, entre las que se encuentran las adolescentes.

c) La autonomía progresiva, la voluntad libre del NNA y el discutido síndrome de alienación parental (SAP)

En algunas ocasiones en las que se detecta que la voluntad del NNA no es libre, no es autónoma, los jueces van más allá e invocan como base de su decisión el muy discutido síndrome de alienación parental (SAP).

Me he referido en otra oportunidad a esta problemática, su tratamiento en este artículo excede el objetivo perseguido; por ello, solo señalo que la problemática integra una de mayor extensión que es la referida a la comunicación en los casos de violencia familiar.

De cualquier modo, es conveniente recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1.ª sección, en el caso I.M. et autres c. Italie (Requête n.° 25426/20),10 de noviembre de 2022, tuvo especialmente en cuenta el informe del grupo GREVIO (Grupo de expertos en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa). Ese informe muestra con preocupación que:

> Si bien existen ejemplos de buenas prácticas judiciales, la jurisprudencia de los superiores tribunales no prohíbe sistemáticamente la utilización de argumentos defensivos fundados en la alienación parental o similares y no establecen claramente el deber de los jueces de proceder a la evaluación de los riesgos para determinar el interés superior del NNA.

3.9.2. El derecho a la salud y la autonomía progresiva

La negativa de los padres a la realización de un determinado tratamiento médico que el hijo necesita fundada en motivos religiosos es un problema al que los jueces se enfrentan con alguna frecuencia.

Si el niño no tiene suficiente autonomía, por ejemplo, tiene cuatro años, la tendencia predominante es hacer lugar a las peticiones de las

autoridades hospitalarias si los informes médicos dan cuenta que, de no llevarse a cabo la práctica médica requerida, el NNA corre riesgo de vida y la práctica resulta necesaria para salvaguardar la integridad psico-física. De modo que:

> Contrapuesto el interés de la persona menor de edad con el de su representante legal (art. 24, inc. b) que se opone a la realización de las prácticas, debe prevalecer el derecho a la salud y eventualmente a la vida de la niña que, en el caso, se encuentra en clara tensión con el derecho a profesar libremente las creencias religiosas de su progenitora, ambos de raigambre constitucional. No resultando posible, salvo daño irreversible, la protección de ambos derechos debe decidirse por uno de ellos, el superior interés del niño, garantizado expresamente en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Garantizar el derecho constitucional de la progenitora importaría lisa y llanamente permitir a esta disponer sobre la vida de su hija, avasallando su impostergable derecho constitucional a la vida.

En cambio, si se trata de un adolescente, la solución no es tan sencilla. En mi opinión, el criterio jurisprudencial anterior podría ser aplicado en tanto, en la mayoría de los casos, ese adolescente se siente presionado por el entorno familiar, por lo que difícilmente su consentimiento sea libre. Otros, en cambio, entienden que debe respetarse la oposición del adolescente porque en su decisión, además de la expresión religiosa, está su clara voluntad de seguir integrado a ese grupo, integración que se verá altamente perjudicada si el NNA recibe una práctica médica que el conjunto rechaza.

La interrupción voluntaria del embarazo ha dado lugar a fuertes posicionamientos ideológicos (Kemelmajer, 2021). La Ley 27.610 respeta la autonomía progresiva, especialmente en su artículo 8 que dispone:

> Personas menores de edad. En el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley 26.061, el artículo 7 del anexo I del decreto 415/06, el artículo 26 del Código Civil y

Comercial de la Nación y la Resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación, la solicitud de la interrupción voluntaria del embarazo deberá ser efectuada de la siguiente manera:

a) Las personas mayores de dieciséis (16) años de edad tienen plena capacidad por sí para prestar su consentimiento a fin de ejercer los derechos que otorga la presente ley.
b) En los casos de personas menores de dieciséis (16) años de edad, se requerirá su consentimiento informado en los términos del artículo anterior y se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil y Comercial y la Resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley 26.061, el artículo 7 del anexo I del Decreto Reglamentario 415/06 y el Decreto Reglamentario 1.282/03 de la Ley 25.673.

De la norma citada y otras que integran la ley pueden extraerse las siguientes reglas:

- La gestante que ha cumplido dieciséis años tiene el mismo derecho a decidir que una adulta.
- La gestante que ha cumplido trece años tiene derecho a decidir por sí misma (por ejemplo, presta consentimiento para el uso del medicamento denominado misoprostol). Excepcionalmente, si en las circunstancias concretas del caso, la realización de la práctica conlleva un riesgo grave para su vida o integridad física (por ejemplo, su especial estado de salud exige una intervención quirúrgica de especial riesgo), se requiere el asentimiento de un adulto (los progenitores, el representante legal, o excepcionalmente, el adulto de confianza mencionado en el punto anterior).
- Si la gestante no ha alcanzado los trece años, se requiere la asistencia de la persona adulta.
- La cuestión no debe judicializarse.

4. Conclusión

El concepto jurídico de autonomía progresiva responde a una realidad recogida por el derecho internacional de los Derechos Humanos; en consecuencia, el derecho interno debe ajustar las normas relativas a la responsabilidad parental a esa normativa si su objetivo es servir para que cada persona tenga posibilidades reales de alcanzar su propio proyecto de vida.

Referencias

Andreu, M. (2018). *La autonomía del menor en la asistencia sanitaria y el acceso a su historia clínica*. Aranzadi.

Baliero, A. (2021). Tutelas públicas especiales de protección familiar en materia de niñez. Su operatividad en la ciudad capital de la República Argentina. En S. Fernández (dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes* (2.ª ed.) (Tomo IV). Thomson Reuters.

Barreto, A. y Vanella, V. (2019). Nombre, identidad y acciones de Estado (Nota al fallo). *Temas de derecho de familia sucesiones y bioética*, *33*.

Bartolomé, A. (2015). *Los derechos de la personalidad del menor de edad*. Editorial Aranzadi.

Bernasconi, A. (2015). La protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. *Revista Código Civil y Comercial*, (4).

Bertoldi, M., Stein, P. (2015). Algunos aportes respecto a la capacidad del adolescente de 16 años para las decisiones relativas al cuidado de su propio cuerpo. *Microjuris*.

Bigliardi, K. (2012). Responsabilidad parental en el Código Civil y en el proyecto de Código Civil. *Microjutis*.

Bridgeman, J. (2017). Responsabilidad: protegiendo el bienestar y promoviendo la autonomía. En F. Lathrop y N. Espejo (coord.), *Responsabilidad parental* (pp. 53-73). Thomson Reuters.

Burgués, M. (2019). El derecho de los adolescentes a formar su familia: alcances y limitaciones. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*.

Cantore, L. (2021). Intersexualidad, autonomía personal y consentimiento informado. En S. Fernández (dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes* (pp. 87-110) (2.ª ed., Tomo III). Abeledo Perrot.

Cassano, G. (2016). *Il minore nel conflitto genitoriale. Dalla sindrome di alienazione parentale alla legge sulle unioni civile*. Giuffrè.

Castillo, E. (2021). La autonomía progresiva del niño en los procesos de cuidado y custodia: comprensión del caso colombiano. *Revista Boliviana de Derecho*, (32), 214-235.

Díaz, R. y Hernández, N. (2019). Progenitores adolescentes, su recepción «positiva» en el Código Civil y Comercial de la Nación a la luz del principio de autonomía progresiva. *Microjuris*.

Ditieri, M. (2019). El sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes en la ciudad autónoma de Buenos Aires: derecho y realidad. En M. Herrera, A. Gil y L. Giosa (dir.), *A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Ediar.

Duprat, C. (2022). Prórroga del plazo de guarda judicial y régimen de comunicación con la progenitora. *Revista de Derecho de Familia*, 54-63.

Fernández, S. (2015). La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial. ¿Cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios. En A. Kemelmajer y M. Herrera (dir.), *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: filiación y responsabilidad parental* (pp. 181-196). La Ley.

Fernández, S. (2015). La voz del hijo en los procesos de comunicación parental y su imprescindible consideración para definir el contenido del interés superior del niño. *Revista Código Civil y Comercial*, (4).

Fernández, S. (2021). Responsabilidad parental y autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes. En S. Fernández (dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes* (2.ª ed.) (Tomo II). Thomson Reuters.

Fernández, S., Herrera, M. y Molina, M. (2016). Responsabilidad parental. En A. Kemelmajer, M. Herrera y N. Lloveras (dir.), *Tratado de derecho de familia* (pp. 319-372) (Tomo V). Rubinzal Culzoni.

Galli, M. (2023). La voz de la Corte en un caso de revinculación materno-filial. *El Derecho*.

García, G. y N'chihieltilha, G. (2022). Hacia el reconocimiento de la responsabilidad parental culturalmente adecuada. *Revista de Derecho de Familia*, (106).

Gonzalez, M. y Notrica, F. (2020). Ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores adolescentes. En A. Kemelmajer, M. Herrera y V. Durán (dir.), *Práctica de las relaciones de familia y sucesiones a un lustro del Código Civil y Comercial* (pp. 355-374). Rubinzal Culzoni.

Grosman, C. (2016). Comentario al art. 638. En A. Bueres (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación* (Tomo II). Hammurabi.

Herrera, M. (2015). Comentario art. 638. En R. Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Toma IV). Rubinzal Culzoni.

Herrera, M. y Lathrop, F. (2021). Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana. En N. Espejo (ed.), *La responsabilidad parental en el derecho. Una mirada comparada* (pp. 69-111). Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y Centro de Estudios Constitucionales.

Jáuregui, R. (2022). *Responsabilidad parental* (2.ª ed.). Rubinzal Culzoni.

Kemelmajer, A. (2001). El derecho del menor a su propio cuerpo. En G. Borda (dir.), *La persona humana* (pp. 249-286). La Ley.

Kemelmajer, A. (2020). La dignidad, la autonomía progresiva y los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En A. Kemelmajer, M. Herrera y V. Durán (dir.), *Práctica de las relaciones de familia y*

sucesiones a un lustro del Código Civil y Comercial (pp. 277-293). Rubinzal Culzoni.

Kemelmajer, A. (2021). Interrupción voluntaria del embarazo y personas menores de edad. autonomía para decidir. *Revista de Derecho de Familia*, 123-135. https://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2021/06/Derecho-y-Realidad_Primeros-estudios-de-la-ley-de-IVE-y-el-plan-1000-dias.pdf

Kemelmajer, A. y Herrera, M. (2011). Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos habla hay que escucharla. El derecho a ser oído de niños y adolescentes en el ámbito regional. *La Ley*.

Kemelmajer, A. y Molina, M. (2015). Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental. El desafío de compartir. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1137-1143.

Kemelmajer, A., Herrera, M., Lamm, E. y Fernández, S. (2015). El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación. *SAIJ*.

Krasnow, A. (2021). Una aproximación del derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes desde una visión contemplativa de los encuentros y desencuentros con otros derechos personalísimos. *Revista de Derecho de Familia*, (101).

Lamm, L. y Pagano, L. (2016). Autonomía progresiva y Testigos de Jehová. ¿Hasta qué punto es factible el rechazo a la transfusión? En A. Kemelmajer, M. Herrera y N. Lloveras (dir.), *Tratado de derecho de familia* (Tomo v). Rubinzal Culzoni.

Lloveras, N., Orlandi, O. y Tavip, G. (2014). Responsabilidad parental. En A. Kemelmajer, M. Herrera y N. Lloveras (dir.), *Tratado de derecho de familia* (pp. 13-27) (Tomo iv). Rubinzal Culzoni.

Loyarte, D. (2021). Ley nacional 26.061. Redefinición del marco institucional en materia de infancia a partir del sistema de protección integral de derechos. Funciones administrativas y jurisdiccionales. En S. Fernández (dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes* (2.ª ed.) (Tomo iv). Thomson Reuters.

Mizrahi, M. (2015). *Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos*. Astrea.

Moon, M. (2017). El amor, valor fundante de la familia. *Revista de Derecho de Familia*.

Pagano, L. (2020). Ejercicio abusivo de la responsabilidad parental en cuestiones de salud. En C. Grosman (dir.), *Responsabilidad parental. Derecho y realidad* (pp. 198-203). Rubinzal Culzoni.

Panatti, M. y Pennise, M. (2019). Cuestiones vinculadas al régimen de responsabilidad parental. Un análisis con la mirada puesta en el interés superior del niño. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 45-55.

Radcliffe, M. (2024). El principio de autonomía progresiva y su impacto en el derecho de las familias: diálogo entre los derechos argentino y español. *Revista de Derecho Privado*, (46), 89-122. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/9178

Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (2018). Corte Interamericana de Derechos Humanos (9 de marzo de 2018). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf

Rappazzo, A. (2017). Recepción de la autonomía progresiva en el derecho argentino. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*.

Salituri, M. (2015). ¿Quién decide sobre el cuerpo? Notas sobre el ejercicio del derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes a la luz del nuevo Código Civil y Comercial. Relaciones entre autonomía progresiva y responsabilidad parental. *Revista de Derecho de Familia*, (72).

Sentencia - E. J. M. y otro c. S. R. K. s/ Tenencia de hijos (2021). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J (1 de diciembre de 2021).

Sentencia A., D.R. vs. C., D.C. y otro s/ impugnación de reconocimiento y reclamación de filiación (2017). Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y de Familia Neuquén (6 de diciembre de 2017).

Sentencia B., M.M. y otro vs. A.V.E. y F. Hnos. S.R.L. s/ ordinario (2018). Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, Sala 1 (26 de abril de 2018).

Sentencia F.V.E. y otros c. M.C.A. s/ Alimentos (2019). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J (30 de septiembre de 2019).

Sentencia P. E. J. A. vs. D. M. D. L. M. s. Cuidado personal de los hijos (2023). CCCLM Sala III, Neuquén (15 de marzo de 2023).

Sentencia P.B., R.A. vs. D., C.M. s/ régimen de visitas (2016). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala I (23 de febrero de 2016).

Sentencia T., R.E. y otros c. B., C.R. s/ autorización (2014). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B (15 de diciembre de 2014).

Sentencia n.° 13-03720355-0/1 (2016). Suprema Corte Mendoza (16 de agosto de 2016).

Sentencia G-3BA-1525-F2017 - L.H., M.A. c. F., A.E. s/ cuidado personal (2020). Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, Sala Civil, Comercial y de Minería (21de octubre de 2020).

Sentencia n.° 145 (2015). Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A (21 de agosto de 2015).

Sentencia n.° 20831/2019 (2019). Juzgado Nacional en lo Civil n.° 83 (26 de agosto de 2019).

Sentencia n.º 84819 - A. P., A. E. S/ Comunicación (2020). Juzgado Familia de San Juan (31 de julio de 2020).

Tordi, N. (2020). Pautas sobre el cuidado personal, plan de parentalidad y régimen de comunicación conforme la justicia de familia mendocina. *Revista Jurídica Región Cuyo – Argentina*, (9).

Vanrell, I. (9-11 de agosto de 2018). El rol de los niños, niñas y adolescentes en los procesos civiles. Principios procesales. Abogado del niño [Comisión 1]. Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia. Paradigmas y Nuevos Desafíos, Mendoza, Argentina.

Vázquez, M. (2015). La incidencia del principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Régimen de Responsabilidad Parental del Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista de Derecho de Familia*, (72), 31-52.

Videtta, C. y Coler, L. (2020). El ejercicio de la responsabilidad parental conforme la autonomía progresiva de lxs hijxs. En C. Grosman (dir.), *Responsabilidad parental. Derecho y realidad* (pp. 133-164). Rubinzal Culzoni.

Zuccarini, A. (2019). El artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño y su proyección en las aulas argentinas. Especial abordaje de la educación sexual integral desde una mirada contemporánea. En M. Herrera, A. Gil y L. Giosa (dir.), *A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Ediar.

Los derechos de los NNA con discapacidad: alcances para un protocolo de atención fiscal en los delitos sexuales

Ana María Chávez Matos
Magistrada del Ministerio Público, Perú
achavezdj@mpfn.gob.pe

1. Introducción

La atención en el Ministerio Público hacia niños, niñas y adolescentes (NNA) con habilidades especiales, en casos de delitos sexuales, es un tema de especial relevancia dentro de nuestro sistema judicial. Estos casos no solo requieren un enfoque especialmente cuidadoso, sino también la implementación de instrumentos que garanticen el acceso a la justicia de esta población vulnerable y sensible.

En primer lugar, es esencial que el Ministerio Público cuente con personal capacitado en el manejo de casos de violencia sexual y en la atención específica a NNA con habilidades especiales. Asimismo, se deben implementar protocolos claros y específicos en la actuación fiscal, para la atención de estos casos que tomen en consideración las necesidades particulares de los NNA con discapacidades.

2. Población de NNA con discapacidades

El fin supremo de la sociedad y del Estado es la defensa de la persona y el respeto de su dignidad, así lo regula la Constitución Política del Perú (CPP, 1993). La defensa de la persona implica por supuesto la defensa de la persona con discapacidad y, claro está, el respeto de su dignidad.

Las personas con discapacidad se encuentran en situación de vulnerabilidad (Regla de Brasilia n.° 7), las Reglas de Brasilia consideran en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En nuestra legislación, la persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás (Ley General de la Persona con Discapacidad, artículo 2). Esta definición se adapta al propósito establecido en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2006).

En cuanto a los derechos de los niños y las niñas con discapacidad se tiene a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), adoptada en 2006, la cual implica la obligación inmediata de los Estados partes de asegurar la promoción y protección de los derechos individuales de todos los niños y las niñas con discapacidad, así como su materialización progresiva. El desarrollo del sistema de protección requiere a su vez conocer y distinguir las distintas discapacidades que existen, a fin de brindar un enfoque de tratamiento adecuado y diferenciado.

Así, la OMS publicó la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) en 2001 y su versión para la infancia y la adolescencia (CIF-IA) en 2007. La CIF está basada en un modelo integral del funcionamiento, la discapacidad y la salud, consta de tres componentes esenciales: el primero se refiere a las deficiencias en cuanto a las funciones y las estructuras corporales (funciones fisiológicas/psicológicas y los elementos anatómicos), el segundo componente se refiere a las limitaciones de la ejecución individual de tareas y las dificultades que tiene una persona, el tercer componente es la participación —se refiere a las restricciones en

desenvolvimiento de las situaciones sociales y los problemas que el individuo experimenta— (Fernández-López, Fernández-Fidalgo, Geoffrey, Stucki y Cieza, 2009). Cabe precisar que esta clasificación no define la descripción de características de una determinada «discapacidad» sino que solo brinda constructos y alcances para ese propósito.

Para Diaz (2019) las discapacidades que una persona puede parecer en su vida pueden resumirse en cinco grupos: discapacidad motriz o física, intelectual, mental, sensorial y múltiple. Al respecto, García y Bustos (2015, p. 4, 5) describen como discapacidad motriz o física a la «paraplejia, cuadriplejia, amputaciones de extremidades, poliomielitis, artritis», a la discapacidad intelectual como las «limitaciones en el funcionamiento intelectual y en el desarrollo de las habilidades adaptativas», a la discapacidad mental como las «alteraciones bioquímicas que limitan el pensamiento, el humor, los sentimientos, así como, el comportamiento con los demás», a la discapacidad sensorial referido a las «limitaciones en la función de la percepción de los sonidos externos —oído—, de los objetos —vista—» y a la discapacidad múltiple como «la presencia de dos o más discapacidades».

La clasificación y diferenciación de discapacidades permitirá brindar un mejor enfoque respecto a la tutela jurisdiccional efectiva que nuestro sistema de justicia debe brindar a las personas con discapacidad víctimas de delitos contra la libertad sexual. Más aún, teniéndose en consideración que dentro de esta población vulnerable podemos encontrar a niños, niñas y adolescentes con discapacidad.

De acuerdo con la Primera Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad (2012) en nuestro país, en el año 2012 existía 1 575 402 personas con algún tipo de discapacidad o limitación física y/o mental; cinco años después, con los resultados de los Censos Nacionales 2017 por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en coordinación con el grupo de trabajo integrado por el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS), se elaboró el «Perfil sociodemográfico de la población con discapacidad, 2017», según el cual en el país existen 3 209 261 personas con discapacidad, el 56.7 % son mujeres mientras que el 43.3 % son hombres. De esta población la dificultad para ver afecta al

48.3 %, seguido por la dificultad para moverse o caminar con 15.1 %, para oír 7.6 %, para entender o aprender 4.2 %, para relacionarse con los demás con 3.3 % y para hablar o comunicarse con 3.1 %. Asimismo, en el estudio citado se señala que el 1.9 % son infantes, el 5.6 % son niños, el 6.9 % son adolescentes, el 10.7 % son jóvenes, el 34.8 % son adultos y el 40.1 % son adultos mayores, precisándose que en el departamento de Huánuco existen 70 901 personas con discapacidad.

3. Acceso a la justicia para personas con discapacidad

Para Gonzales (2001, p. 33) la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho de toda persona a que se le «haga justicia», que la pretensión del recurrente sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas. En sentido similar, Morales (2011, p. 195) conceptualiza la tutela jurisdiccional efectiva como el derecho de todo sujeto de derecho de acceder al órgano jurisdiccional, de que sus peticiones sean atendidas a través de un proceso que reúna las garantías mínimas y que las pretensiones se hagan efectivas.

Por su parte, el profesor Priori (2003, p. 281) señala que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el acceso de los ciudadanos al proceso, ni en que el proceso sea llevado con todas y las más absolutas garantías previstas para su desarrollo; sino que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva implica la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada. De lo citado, podemos colegir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva —de todo ciudadano— implica, por un lado, el acceso a la justicia y, por otro, que el sistema de administración de justicia tutele de manera efectiva la pretensión invocada por el recurrente.

Asimismo, cabe señalar que el acceso a la justicia se concibe como un indicador de ciudadanía efectiva, como un elemento central de la no discriminación, la gobernabilidad democrática y la legitimidad de los gobiernos (Organización de los Estados Americanos, 2007). La Corte IDH en el caso Furlán y familiares vs. Argentina (2012, párr. 135) ha señalado que el debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar toda discriminación asociada con las

discapacidades y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad. De esto se desprende la relevancia del acceso a la justicia para combatir la discriminación de personas con discapacidad mediante la vía jurisdiccional.

La barrera de un ineficiente acceso a la justicia limita de forma total o parcial la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad, ya que muchas veces el justiciable por la dificultad de acceder al sistema de justicia se ve obligado a confiar su representación a una tercera persona, por lo que pierde la posibilidad de ejercer por sí mismo esos derechos. Cabe señalar que si bien existen casos donde puede ser necesario la delegación de representación para el ejercicio de derechos, tratándose de personas con discapacidad mental o intelectual (lo cual dependerá del grado de la discapacidad y del caso en concreto); también, existen otros tipos de discapacidad, como las personas con discapacidades físicas o sensoriales, quienes no tienen la necesidad de recurrir a representantes o delegaciones y podrían ejercer por sí mismos sus derechos.

En específico, en el sistema de justicia penal tenemos el deber de brindar atención célere y eficaz a toda la población, pero en especial a aquella población vulnerable, que por si no fuera poco, además de padecer de algún tipo de discapacidad tuvieron que ver menoscabado su libertad o indemnidad sexual. Es así que resulta necesario visibilizar a los ciudadanos que quieren acceder al sistema de justicia penal por su propia cuenta, sin depender de forma indefectible de la ayuda de una tercera persona, con el objeto de denunciar a su agresor(a), brindar su declaración, pasar las evaluaciones médicas y/o psicológicas necesarias, o participar en las diligencias que se requieran para el esclarecimiento del hecho materia de denuncia.

4. Avances en la atención a los justiciables con discapacidad

Conforme a las Reglas de Brasilia (véase regla 4, 7, 8) los Estados deben establecer condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia. Como señala

Delgado (2019), la finalidad esencial de las Reglas de Brasilia no es reconocer nuevos derechos a las personas con discapacidad, sino asegurar la aplicación del principio de no discriminación en el ejercicio de cada uno de los derechos recogidos por el ordenamiento jurídico, de tal manera que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades.

Ahora bien, el Estado peruano asumió una serie de obligaciones con la ratificación de diversos instrumentos internacionales orientados a la protección de los derechos de las personas con discapacidad, por lo que conviene preguntarnos ¿cuál es la situación del acceso a la justicia de las personas con discapacidad en el Perú?

En nuestro país se han dado diversos esfuerzos para fortalecer el acceso a la justicia hacia la población con discapacidad, sin embargo, estos no resultan suficientes y deben continuarse con este proceso gradual. Así, tenemos la implementación de la Política Nacional Multisectorial en Discapacidad para el Desarrollo al 2030 (PNMDD), creada mediante Decreto Supremo n.° 007-2021-MIMP, de fecha 5 de junio de 2021, que busca abordar la problemática la «Discriminación estructural hacia las personas con discapacidad», cuyo objetivo es mejorar, integrar y articular la intervención del Estado a nivel nacional, para potenciar el desarrollo integral de las personas con discapacidad, garantizando el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Asimismo, se han emitido disposiciones normativas nacionales orientadas a facilitar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, como es la Ley n.° 29830 —Ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual, modificada por la Ley n.° 30433—, Ley n.° 29535 —Ley que otorga reconocimiento oficial a la lengua de señas peruana—, Ley n.° 29524 —Ley que reconoce la sordoceguera como discapacidad única y establece disposiciones para la atención de personas sordociegas—, Ley n.° 29973 —Ley General de la Persona con Discapacidad y su Reglamento—.

Asimismo, la Defensoría del Pueblo emitió el Informe n.° 04-2020-DP «Alcances sobre la situación de personas con discapacidad en el contexto de las medidas adoptadas ante la pandemia por coronavirus COVID-19» (2020), en el que se desarrollan aspectos relativos al derecho a la educación inclusiva, accesibilidad, accesibilidad a la

información, comunicación, transporte y trabajo; sin embargo, no se abordan alcances respecto al sistema de justicia.

Sobre este último, en específico, el Poder Judicial y el Ministerio Público han tratado de impulsar directivas internas orientadas a alcanzar una mejor atención para las personas con discapacidad. Así, el Poder Judicial desarrolló el «Protocolo de atención judicial para personas con discapacidad», producto del Primer Congreso Nacional de Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, realizado el 28 y 29 de agosto de 2017, aprobado mediante Resolución Administrativa n.° 010-2018-CE-PJ, de fecha 10 de enero de 2018, el cual pretende garantizar el efectivo acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, en igualdad de condiciones que las demás y sin ningún tipo de discriminación, en todos los ámbitos del sistema de administración de justicia, superando las barreras judiciales, actitudinales y del entorno, para que puedan ejercer plenamente sus derechos.

Por su parte, el Ministerio Público emitió la Directiva General «Normas para la atención preferencial en el Ministerio Público», aprobada mediante Resolución de la Gerencia General n.° 00428-2018-MP-FN-GG, de fecha 25 de abril de 2018, su objetivo consiste en definir los lineamientos que establezcan, supervisen y controlen la correcta atención preferencial a las mujeres embarazadas, niñas, niños, adultos mayores, personas con discapacidad y personas con niño o niña en brazos, que realicen trámites y/o soliciten servicios en el Ministerio Público - Fiscalía de la Nación.

Si bien reconocemos las iniciativas para fortalecer el acceso al sistema de justicia de las personas con algún tipo de discapacidad, consideramos necesario también reconocer que aún existen muchos aspectos que mejorar y fortalecer. En ese marco, resulta notorio que se requiere la articulación de un conjunto de entidades, como son gobiernos regionales, gobiernos locales, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS), así también se incluyen a organismos autónomos, como el Ministerio Público, con el objeto de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

5. Protocolo de atención fiscal para personas con discapacidad víctimas de violación sexual

Las personas con discapacidad son titulares de derechos, mas no objeto de las decisiones de otros. El respeto de la dignidad humana implica la independencia de la persona con discapacidad, el ejercicio de su libertad, la toma de decisiones propias, las que muchas veces se ven obstaculizadas y hasta impedidas por la falta de mecanismos que faciliten el ejercicio de derechos que le asisten a las personas con discapacidad.

En el sistema de justicia penal, la atención a personas con discapacidad adquiere un especial tratamiento, toda vez que nos encontramos frente a víctimas que forman parte de un grupo de población vulnerable, para quienes además del padecimiento que tienen deben adicionar la afectación psicológica y las secuelas que, por ejemplo, los delitos contra la libertad sexual les ocasionan. Además de ello, debe tenerse en consideración que no solo se trata de la evaluación de un delito, sino también el interés de una familia involucrada en una situación crítica, donde las circunstancias pueden provocar un proceso de victimización estructural que se prolonga a otros sujetos que no fueron perjudicados por la falta (Ammerman y Hersen, 2000).

El panorama se torna más especial cuando las víctimas de delitos sexuales son niños, niñas o adolescentes. El interés superior del niño y la niña, la participación, la no discriminación, la supervivencia y el desarrollo deben ser las consideraciones fundamentales y transversales a las actuaciones de los Estados (Cardona, 2012). En ese sentido, resulta necesario implementar y fortalecer los mecanismos del sistema de administración de justicia para facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

El artículo 13.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al regular el acceso a la justicia, establece que «A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario». De modo que el Estado peruano no puede ser ajeno a esta exigencia, debiendo implementar programas

y fomentar la capacitación para los diversos operadores de justicia, a fin de que se adquieran y/o refuercen conocimientos sobre la atención especial que las personas con discapacidad víctimas de delitos sexuales requieran.

Es así que consideramos que el Ministerio Público, a través de la Escuela del Ministerio Público, puede fomentar el desarrollo de capacitaciones vinculadas no solo a la atención de usuarios que presenten discapacidades sino también puede implementar el desarrollo de cursos obligatorios que permitan acercarnos a esta población vulnerable y mostrar un mejor nivel de empatía. Por ejemplo, pueden brindarse cursos de lengua de señas, lo cual permitirá brindar una mejor atención a la población usuaria sordociega. Si bien no se busca que el personal fiscal y administrativo adquiera una especialidad en este ámbito, el objetivo que se persigue consiste en que tomen conciencia de la situación de exclusión de las personas con discapacidad y se realicen esfuerzos para brindar un mejor acceso a la justicia a esta población —casi siempre— rezagada por el Estado. Así, los operadores tendrían a su alcance la adquisición de conocimientos mínimos que permitan saludar, preguntar qué necesitan, agradecer en la lengua de señas.

Incluso, para el logro de mejoras en el sistema de administración de justicia penal, resultaría favorable la suscripción de algún convenio de cooperación interinstitucional entre el Ministerio Público y el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS). Esto habida cuenta que el artículo 63 de la Ley n.° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, señala que el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS) es el órgano especializado en cuestiones relativas a la discapacidad, teniendo entre sus funciones «Formular, planificar, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales en materia de discapacidad».

Como se señaló en apartados anteriores, la Fiscalía de la Nación ha emitido la Directiva General «Normas para la atención preferencial en el Ministerio Público», sin embargo, consideramos necesario fortalecer esta iniciativa e impulsar la dación de un protocolo de atención

para personas con discapacidad en el Ministerio Público y actuación fiscal en delitos sexuales. Este protocolo buscaría garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, brindando condiciones en el sistema de administración de justicia penal que les permitan ejercer plenamente sus derechos desde la interposición de su denuncia hasta el desarrollo de diversas diligencias a nivel fiscal.

Sobre el particular, consideramos que este protocolo debe ser abordado en dos partes principales: el primero, referido a la «atención fiscal» en el que se abarque la atención al público de personas con discapacidad y la orientación especial que se les debe brindar durante la interposición de una denuncia (el cual será desarrollado en el presente apartado), el segundo, debería encontrarse constituido por los lineamientos para la «investigación fiscal», el mismo que se profundizará en el siguiente apartado.

En lo concerniente a los parámetros para brindar una atención fiscal, oportuna y eficaz, consideramos que es necesario distinguir que la atención a personas agraviadas con discapacidad debe diferenciarse de acuerdo a la discapacidad sensorial que presenten. Así, algunas personas agraviadas presentarán discapacidad visual, mientras otras presentarán discapacidad auditiva, muchos otros incluso tendrán discapacidad múltiple. De forma que, a continuación, se esbozan algunos lineamientos diferenciados para personas agraviadas que presenten diferentes tipos de discapacidades, entendiéndose que estas pueden ser NNA o personas mayores de edad:

a) Para personas con discapacidad visual

- Durante su ingreso se debe contar con personal capacitado que se dirija al usuario(a) discapacitado para brindarle orientación sobre las condiciones del lugar, proporcionándole facilidades para su desplazamiento dentro de la institución.
- El personal debe respetar el uso de perros guías dentro de las instituciones del Ministerio Público.

- La recepción de la denuncia debe efectuarse empleando sistema braille o en su defecto a través de sistema de audio, el mismo que será transcrito con el testigo a ruego respectivo.
- La copia del acta de denuncia debe ser proporcionado al usuario recurrente en formato digital, cuya reproducción pueda ser realizado empleando un lector de pantalla.
- Las notificaciones deberán ser leídas en voz alta y de forma personalizada, dejándose la constancia respectiva.

b) Para personas con discapacidad auditiva

- Durante su ingreso se debe contar con personal capacitado en lengua de señas, debidamente acreditado por una asociación de intérpretes, quien se dirigirá al usuario(a) discapacitado para brindarle orientación sobre las condiciones del lugar, proporcionándole facilidades para su desplazamiento dentro de la institución.
- En caso el usuario no emplee lengua de señas, el personal capacitado deberá brindar la atención empleando otros mecanismos como leer los labios o imágenes que faciliten la comunicación.
- La recepción de denuncia debe realizarse con la participación necesaria del personal capacitado en lengua de señas y/o otros mecanismos que faciliten la comunicación.
- El resto del personal fiscal y administrativo, diferente al personal especializado, debe contar con conocimientos generales en lengua de señas, los cuales serán adquiridos en los cursos obligatorios que la Escuela del Ministerio Público imparta.

c) Para personas con discapacidad física

- Durante el ingreso debe contarse con personal capacitado que facilite el ingreso, traslado y permanencia del usuario(a) dentro de las instalaciones del Ministerio Público.
- En caso no se cuente con ascensor debe habilitarse un espacio accesible en las instalaciones del primer piso de la institución para recabar la denuncia respectiva.

- El personal fiscal y administrativo de ser necesario contará con el apoyo de UDAVIT para la atención multidisciplinaria que corresponda.

d) Para personas con discapacidad mental e intelectual

- La presencia del personal capacitado debe darse en todo momento a fin de brindarse una atención especializada que permita la formulación de la denuncia respectiva.
- La atención y recepción de denuncia correspondiente debe realizarse contando con la presencia de una persona de confianza del usuario(a) recurrente, que facilite la comunicación, sin perjudicarse la comunicación directa con la parte agraviada.
- La recepción de denuncia debe realizase de forma sencilla y accesible, sin recurrir a formalismos innecesarios.
- Debe impulsarse la creación de una unidad de atención a víctimas con discapacidad, incluyéndose la discapacidad intelectual y mental.

6. Protocolo de actuación en la investigación fiscal por delitos sexuales en agravio de NNA con discapacidad

Una vez abordado los principales lineamientos para la atención al público usuario que presente discapacidad, corresponde —también— proponer parámetros para el despliegue de la actuación en la investigación fiscal respecto a los delitos sexuales en agravio de niños, niñas y adolescentes, así como, de otro grupo de población que presente discapacidades.

Así, dado el límite de extensión en el presente trabajo, a continuación, se plantean algunas disposiciones generales a adoptarse en el «Protocolo de actuación fiscal para personas con discapacidad víctimas de violación sexual», precisando que no pretendemos abordar la totalidad de los lineamientos, sino solo brindar unas aproximaciones a lo que implicará una labor conjunta y minuciosa con el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS).

6.1. Disposiciones generales

Las disposiciones generales planteadas son las siguientes:

- El desarrollo de la investigación fiscal debe realizarse brindando una atención preferencial a los NNA como a personas adultas agraviadas con discapacidad, incidiéndose en la necesidad de capacitar a todo el personal, desde el personal de vigilancia, personal de atención y personal fiscal, en torno a conocimientos generales sobre atención a personas con diferentes tipos de discapacidades.
- Las diversas diligencias de investigación (recepción de denuncia, toma de declaraciones, entre otras) deben realizarse en espacios especiales (de fácil accesibilidad) para las personas agraviadas, que cuenten con mecanismos que faciliten el desarrollo de diligencias.
- El desarrollo de las diligencias debe realizarse con la implementación de medios de comunicación sencillos (a través de lengua de señas, sistema braille, entre otros), dependiendo del tipo de discapacidad que la persona agraviada presente. Así, por ejemplo, en caso de personas con discapacidad auditiva, corresponde asegurar la participación de un intérprete de lengua de señas debidamente avalado por una asociación de intérpretes, para asegurar la imparcialidad de la interpretación durante las diligencias; mientras que el caso de personas con discapacidad visual deberá contarse con un personal especialista que facilite el empleo del sistema braille o con mecanismos informáticos (lectores de pantalla) que brinden fiabilidad a la parte agraviada respecto a la declaración que manifiestan.
- Durante el desarrollo de las diligencias de investigación fiscal podrá incluirse la provisión de apoyo emocional y psicológico para la parte agraviada con discapacidad.
- Las diligencias en la Unidad de Medicina Legal no deben ser ajenas a la implementación de mecanismos que faciliten la comunicación con la parte agraviada, así, para la realización del reconocimiento médico legal, evaluación psicológica,

la anamnesis, evaluación de integridad sexual, entre otros, contará con la participación obligatoria del intérprete de lengua de señas o de ser el caso el especialista en sistema braille.

- El desarrollo de las diligencias en Medicina Legal contará con la participación permanente de personal de la que podría ser la Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad (UAVID), el cual se constituiría como un área especializada de UDAVIT.
- El Instituto de Medicina Legal deberá habilitar un ambiente con fácil acceso para la realización de diligencias que faciliten el desplazamiento y atención a personas agraviadas con discapacidades víctimas de delitos sexuales.

La actuación fiscal no solo consiste en brindar condiciones de accesibilidad física a las personas agraviadas con discapacidad, sino también visibilizar una atención célere y eficaz que garantice su derecho de acceso a la justicia. Si bien, a primera vista, la implementación de los lineamientos antes descritos puede representar un gasto para la administración del Ministerio Público, no debe olvidarse que pueden recurrirse a convenios de cooperación con otras instituciones en el plano local y nacional como son las ONG (Enseña Perú), colectivos (Manos que hablan y hablan LSP), asociaciones (MAW LSP), universidades, institutos, municipalidades, que contribuyan con la enseñanza y especialización de léxico, características y estructuras lingüísticas de lengua de señas, como del sistema braille.

De forma que, como órgano del sistema de administración de justicia corresponde que el Ministerio Público multiplique sus esfuerzos para brindar atención de calidad a un sector de nuestra población, muchas veces invisibilizados. Solo así podremos contribuir a la transformación de un sistema de justicia con mayor equidad.

7. Conclusiones

Las discapacidades que una persona puede parecer en su vida pueden resumirse en cinco grupos: discapacidad motriz o física, intelectual, mental, sensorial y múltiple. La clasificación y diferenciación de

discapacidades permitirá brindar un mejor enfoque respecto a la tutela jurisdiccional efectiva que nuestro sistema de justicia debe brindar a las personas con discapacidad víctimas de delitos contra la libertad sexual.

En nuestro país se han dado diversos esfuerzos para fortalecer el acceso a la justicia hacia la población con discapacidad, así, el Ministerio Público emitió la Directiva General «Normas para la atención preferencial en el Ministerio Público», aprobada mediante Resolución de la Gerencia General n.° 00428-2018-MP-FN-GG; si bien saludamos esta iniciativa consideramos necesario, también, reconocer que aún existen muchos aspectos que mejorar y fortalecer.

Se debe impulsar la emisión de un «Protocolo de atención para personas con discapacidad en el Ministerio Público y actuación fiscal en delitos sexuales», el cual puede ser abordado en dos partes principales: el primero, referido a la «atención de los usuarios», abarcándose la atención y orientación al público de personas con discapacidad, durante la interposición de su denuncia, el segundo, se encontraría constituido por los lineamientos a adoptarse durante la «investigación fiscal», comprendiéndose a diversos actos de investigación en sede fiscal (toma de declaraciones) como en el Instituto de Medicina Legal (exámenes de reconocimiento médico, evaluación psicológica, exámenes de integridad sexual, entre otros).

Referencias

Ammerman, R. y Hersen, M. (2000). *Case Studies in Family Violence*. Kluwer Academic.

Cardona, J. (2012). La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos. *Educatio Siglo xxi*, *30*(2), 47-68. https://revistas.um.es/educatio/article/view/153681

Caso Furlán y familiares vs. Argentina (2012). Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (31 de agosto de 2012). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad (2018). *100 Reglas de Brasilia*. Fondo Editorial del Poder Judicial.

Constitución Política del Perú (1993). Diario Oficial El Peruano.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (13 de diciembre de 2006).

Defensoría del Pueblo (2020). *Alcances sobre la situación de personas con discapacidad en el contexto de las medidas adoptadas ante la pandemia por coronavirus COVID-19. I. Educación inclusiva, accesibilidad y trabajo*. Serie Informes Especiales n.° 04-2020-DP. Biblioteca Nacional del Perú. https://observatorio.conadisperu.gob.pe/wp-content/uploads/2023/06/Informe-Defensoria-del-Pueblo-2020.pdf

Delgado, J. (2019). *Guía comentada de las Reglas de Brasilia. Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Eurosocial.

Diaz, J. (2019). Discapacidad en el Perú: un análisis de la realidad a partir de datos estadísticos. *Revista Venezolana de Gerencia*, *24*(85). https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=29058864014

Fernández-López, J., Fernández-Fidalgo, M., Geoffrey, R., Stucki, G. y Cieza, A. (2009). Funcionamiento y discapacidad: la clasificación internacional del funcionamiento (CIF). *Revista Española de Salud Pública*, *83*(6), 775-783. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272009000600002

García, R. y Bustos, G. (2015). Discapacidad y problemática familiar. *Paakat: Revista de Tecnología y Sociedad*, (8). https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=499051499005

Gonzales, J. (2001). *El Derecho a la tutela jurisdiccional* (3.ª ed.). Civitas.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2012). Primera Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad. https://observatorio.conadisperu.gob.pe/wp-content/uploads/2023/06/Documento-INEI-2014.pdf

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2017). Perfil sociodemográfico de la población con discapacidad, 2017. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1675/

Ley n.° 29973. Ley General de la Persona con Discapacidad. *Diario Oficial El Peruano* (24 de diciembre de 2012). https://www.leyes.congreso.gob.pe/documentos/leyes/29973.pdf

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2021). Informe de Evaluación de Resultados 2021 de la Política Nacional Multisectorial en Discapacidad para el Desarrollo al 2030. Ceplan.

Ministerio Público - Fiscalía de la Nación (2018). Resolución de la Gerencia General n.° 00428-2018-MP-FN-GG. Lima: 25 de abril del 2018.

Morales, J. (2011). El derecho de contradicción como expresión de la tutela jurisdiccional. En G. Priori, *Proceso y Constitución*. PUCP y ARA Editores EIRL.

Organización de los Estados Americanos (OEA) (2007). Acceso a la justicia: llave para la gobernabilidad democrática. Secretaría General Washington, D. C.

Priori, G. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Ius et Veritas*, *13*(26), 273-292. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16248

Resolución Administrativa n.° 010-2018-CE-PJ. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (10 de enero de 2018).

Transformación de la justicia penal juvenil en Centroamérica: de objeto de protección a sujeto de derecho [1]

Sergio J. Cuarezma Terán
Profesor de Derecho penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua
sergio.cuarezma@inej.net

Diego Cuarezma Zapata
Profesor de Derecho internacional del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua
diego.cuarezma@inej.net

1. Estatutos de ciudadanía

La aprobación y la aplicación de las leyes de adolescentes en Centroamérica (integrales o especiales), armonizadas y adecuadas a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, representan un presupuesto invaluable en el fortalecimiento del Estado democrático y social de derecho de cada uno de los países, son auténticos estatutos de ciudadanía. En esta línea de pensamiento, la legislación aprobada por los países responde a la necesidad de articulación y conformación del orden social, no limitada al plano de la justicia social en cuanto a los bienes materiales, sino tocando también los bienes culturales. Este modelo de legislación se caracteriza por permitir el libre desarrollo de la personalidad, fundamentada en el

1 El presente estudio se fundamenta en la investigación *La Justicia Penal Juvenil en Centroamérica. Reformas, contrarreformas y riesgos de involución* desarrollada en el marco de la «Justiça Juvenil. Paradigmas e experiências comparadas», bajo la dirección científica de Anderson Pereira de Andrade y Bruno Amaral Machado, publicada en la Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios y la Marcial Pons, Brasil, 2017.

reconocimiento y respeto de la dignidad humana, así como también en la actualización del resto del ordenamiento jurídico con la finalidad de que se haga efectiva la igualdad convencional y constitucional.

La legislación regional centroamericana unificó la mayoría de edad a los dieciocho años e instituyó el principio de «interés superior» y protección integral, la cual establece que las medidas concernientes a las niñas, los niños y los adolescentes que tomen las instituciones públicas y privadas, los tribunales (civiles o penales), las autoridades administrativas y los órganos legislativos, deben considerar su desarrollo integral y su bienestar; asimismo, la legislación regional eliminó el fundamento de la ideología tutelar, para evitar separar a las niñas o los niños de su familia por pobreza, a tal punto que muchos de los países acogieron el mandato de la convención respecto a que «en ningún caso la falta de recursos materiales de las madres, padres, o tutores, será causa para declarar la suspensión o pérdida de las relaciones parentales o de tutela» (Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, 1998, artículo 22). Con toda razón, el profesor chileno Cillero (2007) expresa que existe una absoluta equivalencia entre el contenido del «interés superior» del niño y la niña expuesto en la convención y los derechos fundamentales del niño y la niña reconocidos en los países de la región. Expresa, además, que la formulación del principio «interés superior» (Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículo 3) permite desprender las siguientes características:

a) El interés superior es una garantía que considera —primordialmente— los derechos de los niños, en cuanto a toda decisión que se tome respecto a ellos.
b) El interés superior es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador, sino también, a instituciones públicas y privadas, y a las madres y a los padres.
c) El interés superior es una norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos.
d) El interés superior es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, que permite orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de

los derechos de todas las personas, niños, niñas, adultos, con la cual se busca contribuir —sin duda— al perfeccionamiento de la vida democrática.

2. Fundamento de la justicia penal especializada de adolescentes

El fundamento de la justicia penal (especializada) de adolescentes es adoptado por las legislaciones de la región, como conjuntos de normas o instituciones creadas exprofeso para dar respuesta a la situación de las personas menores de edad o imputadas o encontradas responsables de la comisión de delitos (Vasconcelos, 2009, p. 7).

Sus características y principios son resultado de una investigación científica que se llevó a cabo a inicios de la década de los 90, tanto en el aspecto jurídico como en el sociológico del sistema de justicia penal juvenil. Esta investigación se desarrolló dentro del proyecto titulado «Derechos Humanos: niños, niñas y adolescentes privados de libertad en América Latina» que contó con la colaboración de las Comunidades Europeas, y se ejecutó por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), bajo la dirección científica de su director, Elías Carranza, con actividades en diez países, a saber: Argentina (Provincia de Santa Fe), Costa Rica, España, Guatemala, Honduras, Italia, México, Nicaragua, Panamá y El Salvador. La investigación sociológica contiene importante información sobre el sistema de justicia juvenil y sobre los niños, las niñas y los adolescentes infractores.

La investigación arrojó un resultado contundente que viene a ser un común denominador en la mayoría de los países latinoamericanos y europeos sin excepción, que la justicia penal juvenil (como toda la justicia penal) criminaliza y sanciona muy desproporcionadamente a los sectores poblacionales más pobres (empobrecidos). En sociedades sumamente desiguales en distribución de la riqueza y el bienestar, también la justicia penal distribuye muy equitativamente las sanciones y frecuentemente reacciona con respuestas penales a problemas sociales. De la investigación jurídica se desprende —al igual que de las

investigaciones de todos los países latinoamericanos participantes en el proyecto— que la legislación tutelar tradicional ignora las garantías fundamentales de la justicia penal reconocidas, ahora, explícitamente por el derecho internacional para la protección de los derechos humanos en materia de los niños, niñas y adolescentes desde la sanción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

En la doctrina de la situación irregular, los niños, las niñas y los adolescentes no eran considerados responsables de los delitos que cometen y, por el contrario, se trata de sustraerlos del derecho penal. En esta situación el adolescente es considerado un objeto de protección que no tiene capacidad de conocimiento de los actos que realiza, por lo que no se puede pensar, ni siquiera, en una responsabilidad atenuada con respecto a la responsabilidad de los adultos. Contraria a esta doctrina, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño determina que es necesaria la atribución de una responsabilidad penal en el caso de los adolescentes que cometen un delito, pero atenuada.

Esta atenuación de la responsabilidad obedece a la condición especial de los sujetos a quienes se les aplica, los cuales son adolescentes, y se trata de una diferencia de grado que manifiesta las diferenciaciones de las medidas o sanciones que según su naturaleza tienen sus particulares fines. Sin embargo, aunque su finalidad sea la de reeducar, comportan siempre una cierta restricción de derechos y son productos de la realización culpable de un acto tipificado como delito por la ley penal. Los países de la región por medio de sus legislaciones de derecho penal especial de adolescentes, la represión adquiere una finalidad particular, que es la de crear una conciencia de responsabilidad por sus actos y no solo una visión de naturaleza asistencial (hipócrita) como la que promueve la doctrina de la situación irregular.

Con la nueva concepción de la doctrina de la protección integral y la punitivo-garantista del derecho penal especial de adolescentes, los países han tratado de corregir los errores provocados por la concepción tutelar. De esta manera, y a diferencia de la orientación

tutelar, se establecen claramente principios básicos para la imposición de medidas, por lo general no privativas de libertad. Se trata de principios como el de legalidad, debido proceso, racionalidad y proporcionalidad, el de determinación de las clases de medidas, la duración y ejecución de estas. Estos principios fijan un marco de legalidad dentro del cual, el juez debe resolver los aspectos esenciales sobre la determinación y aplicación de las medidas. La nueva orientación punitivo-garantista, reconoce que, aunque el adolescente es un ser en formación, la tutela o la protección no puede negarles sus derechos y libertades fundamentales. Por esta razón, aunque sea condenado con medida de privación de libertad, el juez está obligado constantemente a revisarla por otra más adecuada.

La creación del sistema de justicia penal especializada, por los países de la región centroamericana, plantea un nuevo modelo de justicia penal de adolescentes de «responsabilidad con garantías» (Cuarezma, 2014, p. 103). Cuyas características serían las siguientes:

a) Un mayor acercamiento a la justicia penal de adultos, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales.
b) Refuerzo de la posición legal de los adolescentes con mayor responsabilidad.
c) Una amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basada en principios educativos y la reducción de sanciones privativas de libertad.
d) Las características del proceso son, entre otras: el sistema es acusatorio, el juicio oral y público, la conciliación.
e) A la víctima u ofendido del delito se le integra como una parte en el proceso, con el objeto de equilibrar o disminuir las tensiones en el mismo.
f) En general, se encuentran todas las garantías y principios que integran el debido proceso constitucional.

Los países con la creación de este sistema de justicia penal especializada para adolescentes no solo constituyen un nuevo sistema de valores, ni constituyen únicamente un sistema de derechos,

garantías y deberes para los adolescentes en conflicto con la ley penal, sino que crearon una novedosa respuesta del derecho acorde a la naturaleza compleja de la delincuencia o desviación de los menores de edad, para enfrentar el problema con nuevos contenidos de prevención y control para el derecho penal de adolescentes. Esta justicia especializada trata de crear una nueva cultura de la responsabilidad institucional y ciudadana, que rompa el círculo de violencia y recupere en consecuencia la importancia del derecho, en la prevención y el tratamiento de la delincuencia de los adolescentes.

El tema de la justicia penal de adolescentes, más que un problema social, se ocupa (o debería ocupar) de un problema humano. De ahí que su filosofía, medidas y procedimientos que desarrolla y utiliza están acordes a la naturaleza humana del problema social del adolescente infractor. El sistema propone propiciar la participación del adolescente, de la familia, de la escuela, de la comunidad, de la víctima, de las instancias judiciales y de la administración pública en materia de los servicios sociales, y por estimular un proceso que permita avanzar tanto en la construcción e individualización de los elementos que hagan más eficaz el deber de protección social como el desarrollo de la teoría de la responsabilidad penal del menor de edad. En palabras del jurista italiano Palomba «La responsabilidad, es un valor irrenunciable de nuestra vida jurídica y social» (Cuarezma, 2015, p. 104).

La respuesta de este problema tiene que ir dirigida al adolescente y a la sociedad, el adolescente por su conducta y la de las personas adultas por faltar a sus deberes. Aquí, como dice Palomba «es donde cobra mayor importancia el llamado Derecho de adolescentes. Pues detrás de un menor de edad que comete un delito siempre hay un adulto que ha fallado en sus deberes» (Cuarezma, 2015, p. 104). El juicio de responsabilidades, por tanto, es el resultado de la relación entre la conducta del adolescente y los deberes de los adultos. Por tal razón, la justicia no puede solo enfrentar el problema llamado adolescente infractor solo con instrumentos represivos y judiciales, es necesario mantener un estrecho y continuo enlace con el sistema de prevención y protección social. Hay que evitar, por el contrario, que la

justicia penal se vuelva punto de referencia esencial en este tema para romper el círculo de violencia e impedir que los problemas sociales devengan en problemas penales, hay que evitar la aparición del Estado penal excluyente, como expresa Carranza (2013).

3. Mitos y realidades

Los medios de comunicación informan, como expresa la penalista española Martín (2000, p. 101), una aparente elevación de los delitos cometidos por adolescentes menores, resaltan particularmente la violencia de estos: peleas colectivas, vandalismo y pandillas. La delincuencia de los adolescentes es uno de los problemas sociales más sentidos de nuestras sociedades. El oscilante pendular de la opinión pública entre la indiferencia absoluta y la máxima capacidad de alarma apunta a esta última en nuestros días. Esta alarma, por lo general artificial, los operadores políticos traducen en propuesta de reforma de la legislación con tendencia de endurecimiento al castigo y menos inversión en el gasto público. Hay que destacar que los adolescentes no realizan actos de violencia ni delitos, ni más numerosos, proporcionalmente, ni más graves que los que cometen los adultos. Ni causan, proporcionalmente, un mayor perjuicio económico. La figura del adolescente infractor tiene algunas particularidades que no están presentes y no tienen el mismo significado que los adultos.

Los menores de diez y ocho años no realizan actos de violencia ni delitos, ni más numerosos, proporcionalmente, ni más grave que los que cometen los adultos. Ni causan en proporción un mayor perjuicio económico. La figura del adolescente infractor tiene algunas particularidades que no están presentes y no tienen el mismo significado que los adultos (Martín, 2000, p. 101). Existe la impresión, en la opinión pública, tal fue el caso de la nicaragüense y de algunos países de la región, cuando se aprobó el Código de la Niñez y la Adolescencia, de que el nuevo modelo de justicia especial especializada promueve la impunidad y contribuye al aumento de los delitos cometidos por adolescentes. Esta percepción es un mito y es injustificada.

En Nicaragua, por ejemplo, después de la aprobación del código, en el periodo 1997 y 2002, según los datos estadísticos oficiales de la Policía Nacional, se detuvieron 229 034 personas por la supuesta comisión de delitos. De esta cantidad, 205 046 eran adultos, 89.5 % del total, y 23 988 adolescentes entre quince y dieciocho años no cumplidos, el 10.5 %. Entre el periodo 2010 a 2015 (no se dispone de datos del 2013) los infractores adolescentes de la ley penal no superan el 6.1 % del total de la población a nivel nacional que delinque, a saber, 6.1 % (2010), 5.8 % (2011), 4.5 % (2012), 5.5 % (2014) y 5.5 % (2015), conforme a las estadísticas oficiales de la Policía Nacional. Con base en el porcentaje más alto de adolescentes que infringen la ley penal, 6.1 %, el 93.9 % de personas que delinquen son mayores de dieciocho años, mujeres y hombres adultos. Si efectuamos un análisis comparativo entre los periodos antes señalados versus los últimos seis años (2016-2021) observaremos un patrón estadístico similar y con cifras en descenso. Según los datos estadísticos oficiales de la Policía Nacional, obtenidos de sus anuarios estadísticos, reflejan que del año 2016 al 2021 se efectuaron 339 168 detenciones por supuesta comisión de delitos, de esta cantidad 21 724 eran adolescentes infractores de la ley penal de edades entre los quince a dieciocho años no cumplidos —es decir, el 6.4 %—, y 317 444 eran adultos mayores de dieciocho años (mujeres y hombres) —equivalente al 93.6 % del total de la población detenida—.

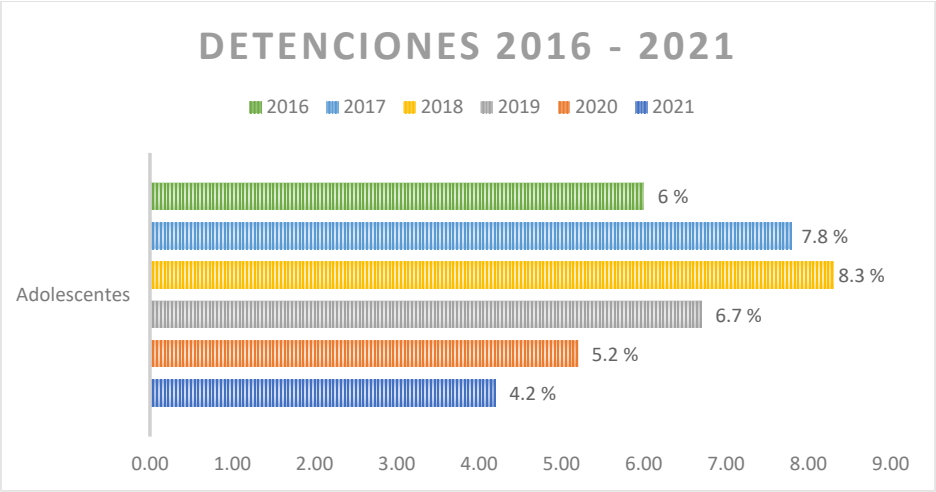
Tabla 1

Porcentaje equivalente de detención en adolescentes por año

Años	Detenciones	Adolescentes	Porcentaje
2016	57 741	3 493	6 %
2017	67 773	5 263	7.8 %
2018	50 531	4 036	8.0 %
2019	59 436	4 020	6.7 %
2020	54 406	2 845	5.2 %
2021	49 281	2 067	4.2 %

Nota. Tomado de Anuario Estadístico, Policía Nacional.

Figura 1
Detenciones desde el año 2016 al 2021



Nota. Tomado de Anuario Estadístico, Policía Nacional.

En Costa Rica se observa un fenómeno similar, las cantidades de denuncias recibidas por la Sección Penal Juvenil en los últimos cinco años, son en comparación de los distintos actos delictivos realizados por los adultos, una minoría, la incidencia de los adolescentes infractores de la ley penal se encuentran dentro del porcentaje más bajo. Hay que destacar que la referida información se dio entre los años del 2012 al 2015, mientras que para el 2016 se tomaron los primeros ocho meses.

No obstante, este rotulamiento (*labeling*) que se hace de la población joven y menor de edad, el ILANUD analizando homicidios y homicidas en un país de la región verificó que las tasas de homicidas se distribuían proporcionalmente entre los diversos grupos etarios, y que la interpretación correcta sería no que estamos en presencia de jóvenes generaciones violentas, sino que estamos en presencia de sociedades violentas que socializan a las personas menores de edad y jóvenes en la violencia (Carranza y Solana, 1996, p. 8).

Para Martín (2000, p. 105), la sociedad por lo general, con ayuda de los medios de comunicación, crean una imagen estereotipada del adolescente delincuente que funciona a modo de «chivo expiatorio»

sobre el que descarga miedos y frustraciones, cegada la sociedad por la incomprensión y el impulso de negar la propia responsabilidad (o fracaso) en sus hechos. El Estado y la sociedad son contradictorios. Como dice la autora, se promete a las niñas, los niños y los adolescentes grandes cosas; sin embargo, la realidad es bien distinta. Las universidades se abren a los adolescentes, pero no todos tienen acceso a ellas y cuando lo logran no siempre el título le sirve o le será de utilidad. Se ofertan cines, literatura, automóviles, ropa de moda, deportes, Internet, viajes, pero el adolescente no dispone de recursos económicos y cada vez tarda más en incorporarse al mundo laboral y cuando llega, en muchas ocasiones, en no muy buena situación laboral o en trabajos muy debajo de su formación; también, se potencian los valores de independencia y libertad, pero sin vivienda propia han de permanecer en la casa materna y paterna toda la vida. La enseñanza, la salud, el empleo y la vivienda son oportunidades vitales para cada adolescente de cara a su inserción social adulta. Cuando estos medios se bloquean, surge un desajuste individual y social en la adolescencia que puede llevar a la infracción de normas y a la violencia como respuesta reactiva; surgen auténticos caldos de cultivo de frustración, agresividad y violencia.

En cuanto a la fuerza represiva del Estado, este configura un mecanismo de control social sobre los adolescentes acrecentando la posibilidad de delinquir más o con mayor gravedad. Los adolescentes reprimidos pertenecen —mayoritariamente— a las capas sociales inferiores, aquellas que encuentran más dificultades para la reinserción social por las escasas posibilidades laborales, bajo rendimiento escolar, conflictos familiares y emocionales, en definitiva, pertenecen al grupo social que más sufre todas las crisis económicas.

Por esta razón, la justicia penal juvenil debe dejar de ser vista como un asunto de carácter exclusivamente policial y judicial, para trascender a la concepción amplia que demandan los estándares internacionales (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, resolución 40/33, 1985, orientaciones fundamentales 1.4):

1.4 La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.

La investigación científica arriba referida del ILANUD sobre los «Derechos Humanos: niños, niñas y adolescentes privados de libertad en América Latina», arrojó un resultado contundente que viene a ser un común denominador de todos los países latinoamericanos y europeos sin excepción: «Que la justicia penal juvenil criminaliza y sanciona muy desproporcionadamente a los sectores poblacionales más pobres».

Por ejemplo, en el caso de uno de los países de la región, Nicaragua, la investigación reveló que la clientela de la justicia penal estaba constituida por niñas, niños y adolescentes pertenecientes a los sectores de menores recursos de la sociedad y que practican conductas propias de estrategia de sobrevivencia. La justicia penal les aplicaba la medida de privación de libertad en casos en que otras medidas serían posibles y apropiadas. Los perfiles psicosociales y sociológicos que la investigación pudo establecer del «transgresor tipo» reflejaban que estas niñas, niños y adolescentes se encontraban en una situación de extrema pobreza, tenían baja o nula instrucción escolar, provenían de hogares desintegrados y, en aquellos casos que la tuvieran, hacía falta la figura paterna responsable. La investigación, además, arrojó un dato escalofriante: el costo por niña, niño o adolescente privado de libertad era alto —doscientos dólares por mes (USD 200)— frente al ingreso familiar de los mismos que era muy bajo —cincuenta dólares (USD 50)—. Esta conclusión puso de manifiesto una dura realidad que el Estado y la sociedad invertían cinco veces más en el internamiento o encierro de las niñas, los niños y los adolescentes respecto del ingreso de las familias originarias que apenas les alcanza para comer.

Para el exdirector del ILANUD, Carranza (1994, p. 118), los muchachos de la calle, de clase pobre o marginal, suelen ser condenados a prisión o «internados» por el hecho de no tener familia. La misma

conducta practicada por un niño de otra extracción social (media o alta), con una familia, es normalmente resuelta de otra manera. A los de sectores vulnerables les exigimos más que a otros y, sin quererlo, «castigamos su pobreza». Si un adolescente de clase pobre comete un delito, decimos que es un «delincuente», que merece castigo, lo perseguimos y lo etiquetamos. Si es un adolescente que pertenece a otro tipo de clase económica, que comete un delito, somos indulgentes, decimos que fue «un episodio accidental» o una «travesura», y procuramos que no se le castigue. Estos personajes, los de clase pobre, son seres libres, lleno de necesidades insatisfechas, que sufren agresiones; a quien debemos ayudar con su consentimiento, pero sin agregar la agresión del encierro a las agresiones que ya sufren.

La información empírica autorizada (Carranza, 2013) nos permite advertir que las personas menores de edad privadas de libertad por la justicia penal juvenil de Centroamérica, casi la totalidad, pertenece a los estratos sociales bajo o marginal; que las altas tasas de delito y de personas privadas de libertad de la región tienen correlación con sus altos índices de inequidad en la distribución del ingreso, que son los más altos del mundo según las mediciones de Cepal y el Banco Mundial; que la respuesta al delito no puede ser solo justicia penal y cárcel. Los países necesitan por sobre todo más justicia social, concretamente políticas que reduzcan la inequidad de la distribución del ingreso; que el lugar o espacio natural de los niños, las niñas y los adolescentes no es la cárcel, sino la familia y la escuela, como lo establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y que la justicia penal debe utilizarse exclusivamente como último recurso (ultima ratio). Se debe procurar resolver esos conflictos por medio de la justicia restaurativa, haciendo uso de alternativas al juicio y a la prisión, y en los casos en que la justicia penal sea inevitable esta debe ser especializada y las personas menores de edad contar con las garantías penales, procesales y de ejecución de las sanciones con que cuentan las personas adultas, más las garantías específicas que les corresponden por su condición de menores de edad.

4. Vientos de contrarreformas de mano dura y riesgos de involución

En el año 2009, el ILANUD, en el marco de la colaboración entre la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y la Escuela Judicial de Costa Rica, se inició un proyecto que permitiera, mediante acciones especialmente de capacitación, impulsar la mejora de los sistemas penales juveniles de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, y Panamá. El proyecto de investigación se denominaba «Prevención de la violencia y acceso a la justicia en condiciones de igualdad para la mujer, la niñez y la adolescencia en Centroamérica» bajo la dirección científica de Douglas Durán Chavarría, experto (y actual director) del ILANUD. La investigación fue publicada por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua (2012).

La investigación pone de relieve que las corrientes, de mano dura para la región, significa un riesgo de involución como los procesos de contrarreforma en América Central. Los procesos de reforma realizados de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño supusieron un avance de grandes dimensiones en lo que a la reacción penal a las conductas desviadas de las personas menores de edad concierne, sin embargo, la investigación advierte que hay problemas serios que amenazan el progreso logrado. Este proceso de contrarreformas se desarrolla dentro de una tendencia general —y, además, global— hacia un endurecimiento del sistema penal en su totalidad, la cual responde a una concepción eficientista del derecho penal, según la cual la respuesta a las conductas desviadas debe darse primordialmente a través de la represión, la punición y, especialmente, la prisión. Este tipo de concepción expresa la investigación, se arraigan inicialmente en la proliferación de un sentimiento de inseguridad acrecido y que, en muchas ocasiones, no se corresponde con la victimización y, a veces, ni siquiera, de lejos, con la criminalidad registrada. Al respecto de este fenómeno, vale citar como ejemplo el caso de Costa Rica, paradigmático en el área, toda vez que siendo el país con la tasa de homicidio más baja de Centroamérica, es la nación con mayor sentimiento de inseguridad de Latinoamérica, circunstancia

que se verificó mediante un estudio realizado por FLACSO con la cooperación de AECID en 2009.

Como expresión de este proceso de contrarreformas, El Salvador modificó la Ley del Menor Infractor con una ley para combatir las actividades delincuenciales (Decreto 305, 2004). La reforma expresa que la ley es aplicable a toda persona mayor de doce años por el solo hecho de pertenecer a la «mara o pandilla». Para la ley, la «mara o pandilla» significa «grupos o asociaciones ilícitas especiales […] agrupaciones de personas que en su accionar afecten la pacífica convivencia social, el orden público, el decoro, las buenas costumbres o la seguridad ciudadana». Además, que se agrupen o reúnan habitualmente, que señalen injustificadamente segmentos de territorio como exclusivo en relación con otras maras o pandillas, que tengan señas o símbolos como medio de identificación o reconocimiento con la mara o pandilla, que se marquen el cuerpo con tatuajes o cicatrices como medio de identificación o pertenencia a la misma. Incorpora el criterio de discernimiento al que llama «habilitación de edad» lo que significa que el menor de dieciocho años que posea «discernimiento de adulto» es juzgado como tal. Restringe o elimina garantías específicas de los derechos de los adolescentes infractores, entre otras, restricción de medidas cautelares distintas a la detención, declaración de improcedencia de la conciliación, eliminación de la posibilidad de renuncia de la acción penal por parte de la fiscalía, elevación del máximo de la pena privativa de libertad de siete a veinte años y solo modificable por cumplimiento de la mitad de la condena.

El Estado de Honduras reformó el artículo 332 del Código Penal en materia de asociación ilícita, por medio de la «Ley De Maras», (Decreto 117, 2003; Decreto 6, 2017) que reforma y adiciona al Código Penal el articulado necesario para enfrentar las «maras» o «pandillas» de las extorsiones o amenazas que hacen a la población. Panamá, a través de la Ley 46 del 2003 modifica la Ley 40 de 1999, Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia. Las principales reformas que realiza son el aumento del máximo de la pena privativa de libertad de cinco a doce años; ampliación de la duración máxima de la detención provisional de dos a seis meses; ampliación de

la lista de delitos que admiten detención provisional y pena privativa de libertad. La investigación de ILANUD expresa que una ley más reciente aumentó los mínimos de las penas de cárcel por aplicar a los adolescentes panameños, mecánica que implica, ya no por la vía del aumento de los máximos imponibles, un uso acrecido de la pena de cárcel en materia de niños y en el 2010 en Panamá la edad mínima a efectos de responsabilidad penal de los catorce a los doce años.

En el caso de Nicaragua, a pesar de los intentos para desarticularlo, el Código de la Niñez y la Adolescencia no ha sufrido reformas después de veintiocho años de haber entrado en vigor.

En este proceso de marcha y contramarchas, observamos una ambigüedad. Por una parte, los países del área centroamericana adecuaron su normativa interna a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, con un espíritu esencialmente minimalista, pero, por otra parte, este proceso de adecuación en algunos casos, como los arriba apuntados, abandonan muchos de los principios fundamentales del derecho, sobre todo la visión en el uso de la privación de libertad.

Sin embargo, y como un esfuerzo renovado, el Foro de Presidentes y Presidentas de Poderes Legislativos de Centroamérica y la Cuenca del Caribe y de otros organismos conexos (FOPREL), el 14 de noviembre de 2014, resolvió aprobar por unanimidad «Ley Marco Regional Referente a la Prevención del Delito en Niñas, Niños y Adolescentes».

Esta Ley Marco, tiene la finalidad de generar iniciativas conjuntas para la emisión de normativas en cada país miembro, encaminadas a la prevención de los delitos en la niñez y la adolescencia. Es importante destacar que, sin perjuicio que aún no se han desarrollado impulsos internos para la aprobación o adecuación de este texto legislativo en los países que la han aprobado, la Ley Marco reconoce la necesidad de «elaborar políticas públicas o una política criminal para la prevención del delito en niñas, niños y adolescentes y para el interés general de la sociedad» y exhorta a sus Estados miembros que introduzcan dicha Ley Marco en cada órgano legislativo de acuerdo a las características de cada país, para su correspondiente discusión, consulta y aprobación. Hay que destacar que FOPREL, se compromete desde este texto legislativo regional:

en no utilizar el derecho penal y la privación de libertad como primer recurso para abordar el fenómeno de la criminalidad de la niñez y la adolescencia. Solo deberá recluir a los niños, niñas y adolescentes en instituciones como último recurso y por el período mínimo necesario, y deberá darse máxima importancia a sus propios intereses. (artículo 24)

Asimismo, FOPREL respecto del fenómeno de la violencia y la delincuencia juvenil denominada «maras», se compromete a establecer o promover medidas propias de la llamada justicia de transición o justicia transicional. «El Estado para lograr el cese de la violencia de las pandillas y su incorporación plena a la sociedad de forma pacífica, buscará una salida a través del mecanismo de Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR)» (artículo 34).

5. Conclusión: avances y retrocesos

La aprobación en los países de Centroamérica (Cuarezma, 2001, p. 457) de la convención y los procesos de reformas con la finalidad de adecuación a ella, han permitido desarrollar una discusión seria sobre los derechos y responsabilidades de la niñez y la adolescencia, abordando, en consecuencia, la perspectiva de estos como sujetos de derechos y sujetos sociales. No obstante, en el istmo centroamericano, ha nacido una «paradoja» con respecto a la responsabilidad penal, puesta de manifiesto por un estudio realizado por Naciones Unidas para evaluar el Estado de la región. Este estudio indica que, por un lado, las legislaciones apuntan hacia modelos garantistas, respetuosos de los derechos humanos y tolerantes; por otro lado, los sistemas de administración de justicia muestran todavía rezagos autoritarios y grandes carencias materiales. Esta paradoja entre lo que la ley señala (el Estado legal) y lo que la realidad muestra (el Estado real), señala el referido estudio regional, se ve agravada por la falta de tradición jurídica en la mayoría de los países, lo que se convierte en un serio obstáculo para la implementación legislativa. Este informe expresa que, aunque la reforma legislativa no es suficiente, sí puede constituir

un buen inicio para replantear y reconstruir la realidad social. Para esto, no solamente se requiere, como está claro, de recursos económicos sino, también, de vigorosas políticas públicas sobre la niñez y la adolescencia y, sobre todo, de una voluntad para no reducir los temas de niñez y adolescencia solo a los relacionados con la infracción de la ley penal.

La hazaña de la implementación de este tipo de legislación es de marchas y contramarchas, no pudiendo anticiparse con exactitud, por lo tanto, la llegada a puntos predeterminados, más bien, establece un sendero estratégico, cuya viabilidad es perfectamente autorreforzable, a medida que las principales propuestas que contempla sean puestas en prácticas.

Este tipo de legislación no puede o debe ser percibido tan solo como un texto legal más o menos sistemático y articulado de derechos, libertades, garantías y responsabilidades, como una secuencia de transformaciones del orden jurídico interno, sino como un esfuerzo orgánico, integrado y continuo de cambios sociales, que ha de tener como premisa y resultado constable, una transformación cultural de gran dimensión. Los problemas del derecho y la justicia en la región centroamericana no son solamente un problema derivado de la calidad, vigencia o no del ordenamiento jurídico o de las condiciones materiales del Estado, sino también producto de una cultura asumida por la propia sociedad.

Por tanto, la aplicación legal debe de abordarse estratégicamente, también, desde el punto de vista cultural basado en el comportamiento social. Las violaciones de los derechos de la niñez y adolescencia, por ejemplo, se producen lamentablemente a pesar de la existencia de algunas garantías en el ordenamiento jurídico. Ese comportamiento ilegal responde a una cultura en donde el Estado de derecho no es (salvo excepciones) un valor ni un punto de referencia fundamental. Por tanto, debe implantarse el Estado de derecho constitucional como un valor social, para lo cual hay que incidir sobre mecanismos de reproducción social de los valores y sobre el proceso de internalización de forma individual (educación y familia).

Continuar con la aplicación de la legislación y promover la necesaria transformación cultural para su efectividad, sigue siendo un gran desafío, que supone en términos políticos un gran empeño para la creación de un modelo nuevo de ciudadanía.

Referencias

Armijo, G. (1997). *Enfoque procesal de la Ley Penal Juvenil*. Escuela Judicial y Unión Europea.

Armijo, G. (1998). *La tutela constitucional del interés difuso. Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica*. Unicef.

Asamblea General de las Naciones Unidas (1985). Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de menores. «Reglas de Beijing». Resolución 40/33 (28 de noviembre de 1985).

Asamblea Nacional de Nicaragua (1998). Ley n.° 287. Código de la Niñez y la Adolescencia. La Gaceta Diario n.° 97 (27 de mayo de 1998). http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/($All)/9AB516E0945F3B6E062571A1004F4BDE?OpenDocument

Bacigalupo, E. (1983). Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores a la ley penal en Argentina, Colombia, Costa Rica, México y Venezuela. *Revista ILANUD*, (17)(18).

Beloff, M., Cillero, M. y García, E. (1998). *Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*. Temis y Desalma.

Bonner, K., Carranza, E. y Steffens, R. (1997). *Delito y Seguridad de los habitantes*. Programa Sistema Penal y Derechos Humanos ILANUD, Comisión Europea.

Carranza, E. (1994). *Criminalidad: ¿Prevención o promoción?* UNED.

Carranza, E. y Maxera, R. (1995). El control social sobre niños, niñas y adolescentes. En A. Baratta y S. Rivera (ed.), *América Latina. La niñez y la adolescencia en conflicto con la Ley Penal* (pp. 63-82). Editorial Hombres de Maíz.

Carranza, E. y Cuarezma, S. (1996). *Bases para la nueva legislación penal juvenil de Nicaragua: Diagnóstico Jurídico y Sociológico del sistema vigente*. UCA.

Carranza, E. y Solana, E. (1996). *Proyecto Sistema Penal y Derechos Humanos.* ILANUD. Comisión Europea.

Carranza, E. (2000). Garantías básicas de carácter penal, procesal y ejecución en la justicia penal de adolescentes del código de la niñez y la adolescencia en Nicaragua. *Doctrina. Revista penal*, (5), 3-21.

Carranza, E. (2012). Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? *Anuario de Derechos Humanos*, 31-66. http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723

Carranza, E. (2013). *Menores de edad, delito y prisión en América Latina ¿Qué hacer?* Conferencia dictada en Estocolmo.

Cillero, M. (1998). El Interés Superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En E. García y M. Beloff (comp.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*.

Cillero, M. (2007). El Interés Superior del Niño en el Marco de la convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *La Justicia y Derechos del Niño* (pp. 125-142). Unicef.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2002). *Opinión Consultiva OC-17/2002 solicitada por la «Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño»*.

Cuarezma, S. (1997). *Código de Instrucción Criminal. Comentado, Concordado y Actualizado*. Hispamer.

Cuarezma, S. (1998). *Código Penal de Nicaragua. Comentado, Revisado y Actualizado*. Hispamer.

Cuarezma, S. (2001). La justicia penal de adolescente en Centroamérica. *Anuario de Justicia de Menores*, (1), 443-458.

Cuarezma, S. (2002). *Código de Instrucción Criminal. Comentado, concordado y actualizado*. Hispamer.

Cuarezma, S. (2015). Mitos y realidades sobre la legislación de niñas, niños y adolescentes de Nicaragua. En C. Tiffer (coord.), *Justicia penal, política criminal y Estado social de derecho en el siglo xxi* (Tomo i) (pp. 95-131). EDIAR. http://www.sergiocuarezma.com/wp-content/uploads/2015/11/Mitos-y-realidades-de-ni--as-y-ni--os-y-adolescente-en-nicaragua.pdf

De Hoyo, M. (2004). *El detenido y sus derechos. Breviarios Jurídicos* (n.° 4). Hispamer.

Durán, D. (2012). *Prevención de la violencia juvenil y fortalecimiento del sistema de justicia penal juvenil*. ILANUD, AECID, Escuela Judicial de Costa Rica. INEJ.

Fernández, E. (2002). La valoración del Interés Superior en la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Anuario de Justicia de Menores*, (2), 55-76.

García, E. (1990). Prehistoria e Historia del Control socio-penal de la infancia: Política Jurídica y Derechos Humanos en América Latina. *Ser Niño en América Latina. De las necesidades a los Derechos*, (42), 11-20.

García, E. (1992). La Convención de los Derechos de la Infancia: del menor como objeto de compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujetos de derechos. *Nuevo Foro Penal*, (57), 421-432.

García, E. y Beloff, M. (comp.) (1998). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Temis y Depalma.

Giménez, E. y González, C. (1988). Jóvenes y cuestión penal en España. *Revista Jueces para la Democracia. Información y debate*, (3),17-26.

Gurdián, H. (1 de febrero de 2004). Entrevista. *La Prensa*. Edición n.° 23 349.

Houed, M., Sánchez, C. y Fallas, D. (1997). *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*. Escuela del Poder Judicial.

Houed, M. (coord.) (2000). *Derecho Penal, Criminología y Derecho Procesal Penal* (1.ª ed.). Hispamer.

Ibáñez, A. (1986). *El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada en psicología social y sistema penal*. Alianza Editorial.

Infancia y Derechos Humanos (1993). *Conferencia*, San José.

Jaén, M. (2004). *Principios y Garantías del Proceso Penal*. APICEP de la UPOLI.

Jescheck, H. (1981). *Tratado de Derecho Penal* (Tomo I). Bosch.

Llobet, J. (1997). *La Prisión Preventiva* (1.ª ed.). UCI.

Luzón, D. (1995). *Iniciación a la Teoría General del Delito*. UCA.

Luzón, D. (1996). *Curso de Derecho Penal: parte General*. Universitaria, S. A.

Martín, M. (2000). *Justicia con menores: menores infractores y menores víctimas*. Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca.

Maxera, R. (1992). *La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales, en Del revés al derecho: La condición jurídica de la infancia en América Latina*. Bolerna.

Maxera, R. y Carranza, E. (1999). Las nuevas legislaciones penales juveniles posteriores a la Convención en América Latina. *Estudios de Derecho Judicial*, (18).

Maxera, R. (2005). *Mecanismos restaurativos en las nuevas legislaciones penales juveniles; Latinoamérica y España*. Informe presentado en el Decimoprimer Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y la justicia criminal. Bangkok.

Mir, S. (1990). *Derecho Penal. Parte General* (3.ª ed.). PPU.

Mora, L. y Navarro, S. (1995). C*onstitución y Derecho Penal*. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, Costa Rica.

Pedraz, E. y Zaffaroni, R. (2002). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Hispamer.

Pedraz, E., Zaffaroni, R. y Cuarezma, S. (2004). *Documentos Penales y Criminológicos* (vol. 2). Hispamer.

Rivera, S. (1998). *La nueva Justicia Penal Juvenil. La experiencia del El Salvador*. San Salvador.

Trejo, M., Serrano, A., Rodríguez, D. y Campos, J. (1994). *En defensa del nuevo proceso penal salvadoreño* (1.ª ed.). Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial.

Zaffaroni, E. (1986). *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)*. Depalma.

Zaffaroni, E. (1990). Los menores y la ley, en Pibes unidos y la ley. *Colección cuadernos*, (1).

Zapata, R. (1999). *Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua*. Hispamer.

El proceso judicial de autorización de viaje del niño al extranjero, atendiendo a su interés superior

Jorge Johan Pariasca Martínez
Juez Titular del Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Perú
jpariascam@pj.gob.pe

1. Introducción

Cada año, cerca a las vacaciones escolares del niño, es común encontrar a nivel judicial solicitudes a través de las cuales se peticionan permisos o autorizaciones de viaje de los niños al extranjero. Lo cierto es que, ante este tipo de demandas, existen distintos problemas prácticos, entre los que se encuentran, el tiempo para resolver estas solicitudes y los pronunciamientos disímiles de los juzgados a nivel nacional.

Por lo general, un gran número de procesos son resueltos en meses o años. La sobrecarga laboral de los juzgados juega en contra de los intereses de los usuarios. En ocasiones, las resoluciones finales son emitidas de manera posterior a la fecha programada para el viaje. Por ello, la recomendación al progenitor que tiene planificado viajar al extranjero con sus hijos es presentar la solicitud judicial con una anticipación de meses al viaje planificado.

El real perjudicado es el niño, quien no solo se encuentra en un escenario en el que sus padres no se ponen de acuerdo respecto a su viaje, sino que también, afronta las consecuencias de dicho desacuerdo, pues el progenitor —generalmente quien custodia al niño— tendrá la necesidad de asistir al Poder Judicial en compañía de su hijo, muchas veces, en perjuicio de las actividades escolares, deportivas o

de recreación del niño, para que su caso sea resuelto con premura, encontrándose con la sobrecarga judicial mencionada y con la escasa jurisprudencia sobre la materia que imposibilita a los jueces seguir un mismo horizonte de trabajo ante casos similares.

El presente estudio nos permite promover un criterio interpretativo para los procesos judiciales de autorización de viaje del niño al extranjero, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, con la finalidad de que los procesos se desarrollen con mayor celeridad.

2. El aporte de la Corte Suprema de Justicia de la República y el Derecho Procesal de Familia

En la actualidad, ya no es una novedad señalar que el surgimiento de una disciplina para los asuntos familiares y del niño, tiene como principal promotor a la Corte Suprema de Justicia de la República (en adelante CSJR) quien, a través del Tercer Pleno Casatorio, Casación n.° 4664-2010-Puno, ha desarrollado reglas procesales para que los jueces a nivel nacional trabajen de una manera diferenciada esta materia tan sensible (Pariasca, 2022, pp. 42-43).

La CSJR (2011) ha definido de una manera sencilla lo que es (y debe ser) la disciplina procesal familiar y de los niños:

> El derecho procesal de familia se concibe como aquel destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etcétera, de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como ultima ratio. (p. 19)

No cabe duda que el concepto desarrollado por la CSJR, cuando se trabajan asuntos de niños, se encuentra vinculado a su interés superior. El niño desconoce de «saneamientos procesales», «puntos controvertidos» y «alegatos», su real interés es que su asunto se resuelva con prontitud. Así, mientras más sencillo, informal y práctico es el proceso de los niños, le permite al juez centrarse en lo más importante: la resolución del conflicto. La flexibilización o superación de las solemnidades procesales apunta justamente a evitar dilaciones en el trámite.

No obstante, en la práctica, aún encontramos jueces, fiscales, abogados y personal jurisdiccional que se desempeñan en el campo de la especialidad familiar con una fuerte influencia de las instituciones del derecho procesal civil a los procesos familiares o de los niños, lo que genera un retroceso de la especialidad. A modo de ejemplo, existen salas civiles de diversas cortes superiores que continúan declarando «nulas» sentencias expedidas en procesos familiares céleres por el «sagrado culto al legalismo». Es decir, se interpone recurso de apelación, la sala revisa y con su formación clásica procesal declaran «nulas» las sentencias familiares para priorizar la forma, sin tener en consideración la Casación n.° 4664-2010-Puno. Esto último nos permite reflexionar si realmente se está comprendiendo en toda su dimensión el Tercer Pleno Casatorio o si es necesario que algunas salas civiles a nivel nacional se conviertan en familiares. Se necesita que la jurisprudencia de la especialidad sea uniforme y que no solo los jueces de la especialidad conozcan la importancia vinculante del Tercer Pleno Casatorio, se requiere que la comunidad jurídica y los jueces —en todos sus niveles que resuelven asuntos familiares y de niños— interpreten correctamente el aporte de la CSJR.

En todo caso, para los procesos judiciales de autorización de viaje del niño al extranjero quizás el panorama legal es más alentador. Se dice esto porque existe un marco legal especial que promueve la rapidez en el trámite; sin embargo, también surgen problemas por la constante aplicación supletoria (o dependencia) del Código Procesal Civil (en adelante CPC).

3. Entre el CNA y el CPC

El artículo 112 del Código de los Niños y Adolescentes (en adelante CNA), regula cuando es necesario recurrir al juez para que resuelva la autorización de viaje del niño al extranjero:

> Es competencia del juez especializado autorizar el viaje de niños o adolescentes dentro del país cuando falten ambos padres, y fuera del país por ausencia o disentimiento de uno de ellos, para lo cual el responsable presentará los documentos justificatorios de la petición.
>
> En caso de disentimiento de uno de los padres o de existir oposición al viaje, se abrirá el incidente a prueba y en el término de dos días resolverá el juez, previa opinión fiscal. La oposición que formule alguno de los padres se inscribirá en el libro de oposición de viaje de los Juzgados Especializados, el que caduca al año.

Dicho artículo debe concordarse con el artículo 162 del mencionado código, que establece que el juez resuelve en la vía no contenciosa las autorizaciones, sin embargo, el inconveniente procesal es que el CNA no regula un proceso no contencioso especial para los asuntos familiares y del niño. Es así que, por lo general, los jueces vienen tramitando la materia conforme a los lineamientos del proceso no contencioso del CPC. El argumento o fundamento para recurrir al CPC en estos temas, se ubica en el artículo 163 del CNA que señala: «los procesos no contenciosos que no tengan procedimiento especial contemplado en este código se rigen por las normas del Código Procesal Civil».

4. ¿Es necesario recurrir al CPC?

El artículo 112 del CNA literalmente señala que, en los casos de oposición al viaje, el juez debe aperturar un incidente a prueba y en el plazo breve de dos días deberá resolver, previa opinión o dictamen fiscal.

Sin embargo, como queda dicho, los jueces —por lo general— recurren al CPC que regula un trámite distinto ante la oposición o contradicción en un proceso no contencioso. Como lo advierto en diversos foros y eventos, con ejemplos que en esta ocasión no cabe abordar, el CPC no está redactado para los asuntos familiares o de los niños que, en puridad, deben ser resueltos de forma célere, sin solemnidades o plazos extensos.

En el año 2022 se aprobó la Directiva n.° 009-2022-CE-PJ en la que se reitera en el artículo 6, que las solicitudes de viaje se tramitan en la vía no contenciosa y se rigen conforme a las normas del CNA y, supletoriamente, a las normas del CPC.

Si bien es cierto que, en efecto, el CNA para los asuntos judiciales de los niños te remite excepcional y supletoriamente al CPC, la excepción se ha venido convirtiendo en regla en el terreno judicial ya que muchas de las instituciones previstas en el CNA no se encuentran desarrolladas por completo. El esfuerzo y avance práctico-flexible desde la judicatura que busca cubrir los vacíos del CNA, finalmente, terminan siendo buenas intenciones o prácticas que, en el mejor de los casos, lentamente, a través de los años vienen siendo acogidas por el legislador para —progresivamente— ir modificando o «parchando» el CNA.

No obstante, aún existe una cantidad de vacíos en el CNA que permite a los jueces, fiscales o abogados exigir la supletoriedad del CPC y, por ejemplo, priorizar siempre la forma antes que el fondo. Esto quiere decir que los vacíos del CNA constituyen el sustento perfecto para recurrir constantemente al CPC e importar artículos imperativos a una disciplina flexible que prioriza la resolución del caso con inmediatez.

En el proceso de autorización en estudio, el artículo 754 del CPC prevé todo un trámite a seguir cuando una parte se opone o promueve una contradicción en un proceso no contencioso, que no guarda relación con lo previsto en el tantas veces mencionado artículo 112 del CNA. Además, nótese que dicho articulado procesal civil, excluye la participación del Ministerio Público y la opinión del niño, niña o adolescente.

El juez especializado que aplica el CPC, para la materia en análisis, tendrá que adecuar el trámite, en primer lugar, haciendo participar al Ministerio Público —cuando exista oposición al viaje— y, en segundo lugar, ordenando la opinión del niño —conforme al artículo 9 del CNA—.

5. ¿Y SI APLICAMOS ÚNICAMENTE EL CNA?

Con el aporte de la CSJR y conforme al interés superior del niño, considero que no resulta imprescindible recurrir al CPC. Y es que, si consideramos que el CNA regula el proceso judicial de autorización de viaje del niño al extranjero en los artículos 112 y 112-A, debemos ceñirnos y aplicar dichos artículos para tramitar las solicitudes o demandas de autorización.

No olvidemos que cuando el progenitor acude al Poder Judicial es porque ya no tiene otra alternativa, ante la ausencia u oposición de uno de los progenitores al viaje en el ámbito interno, entonces, el progenitor tiene la necesidad de recurrir a la institución judicial en última instancia, ante la imposibilidad del permiso notarial que regula el artículo 111 del CNA.

Así, ante la solicitud de autorización, cumpliendo el progenitor demandante con los documentos que justifican su pedido, el juez debe correr traslado al demandado para que ejerza su derecho de defensa y si es que este último se opone o contradice, corresponderá al juez resolver en base a los medios probatorios de las partes, previo dictamen fiscal. El juez deberá resolver el asunto en el plazo de dos días, sin embargo, dicho plazo —en los hechos— se extiende si el expediente es remitido en físico al Ministerio Público para la opinión fiscal.

Sobre esto último, como también lo menciono reiteradamente en diversos foros, debemos erradicar la práctica de la remisión física del expediente al Ministerio Público. En épocas de tecnología y con la experiencia virtual de los procesos y audiencias, se le debe notificar al Ministerio Público a través de la casilla electrónica. Finalmente,

el trámite sería —eminentemente— escrito pero breve a favor del niño, niña o adolescente.

6. La oralidad como buena práctica

Con una mirada especial y literal del CNA, el proceso de autorización judicial de viaje del niño al extranjero debería ser rápido, para que —de esta manera— el niño obtenga un real acceso a la justicia. Esto es muy importante porque, como señalábamos en nuestra introducción, es común apreciar cómo los viajes al exterior se vienen reprogramando cuando el proceso instaurado demora en concluir. Además, es común verificar también cómo progenitores de mala fe interponen recursos de apelación, buscando dilatar y frustrar el viaje al exterior de su hijo.

Asimismo, si bien el trámite previsto por el CNA es escrito, breve y, en estricto, sin la inmediación del juez con las partes y el niño, en épocas en donde la oralidad, a modo de buena práctica institucional en distintos ámbitos viene teniendo éxito, el juez, sustentándose en el Tercer Pleno Casatorio de la CSJR, luego de admitir la demanda o la solicitud, podrá citar a las partes y al niño a una audiencia para escucharlos, actuando los medios probatorios en audiencia. De esta forma, finalizada la actuación de pruebas admitidas, se deberá emitir la resolución final de manera oral y finalizar el proceso. Solo en caso exista oposición en el proceso, se citará al Ministerio Público para que participe de la audiencia y también emita su opinión o dictamen en la misma audiencia de manera oral, de manera previa a la resolución definitiva del juez.

7. La excepción al trámite regular: el artículo 112-A del CNA

Otro escenario se presenta cuando la solicitud se sustenta en la excepción prevista en el artículo 112-A del CNA. Aquí, el asunto judicial deberá ser aún más breve. Bastaría que el progenitor demandante

demuestre que el otro progenitor se encuentra inscrito en el registro de deudores alimentarios morosos (REDAM) o condenado con una sentencia firme por delito doloso cometido en agravio o en perjuicio de sus hijos. En estos casos, el juez está obligado a resolver el pedido de autorización de viaje, en el plazo de dos días, sin mayor trámite.

En la práctica judicial, se ha presentado un gran número de problemas en su aplicación. Por ejemplo, en una gran cantidad de casos, se demuestra que el progenitor demandado es una persona que incumple con los alimentos de su hijo, al extremo de tener diversas liquidaciones de pensiones, sin embargo, por diversas razones, el progenitor moroso o deudor no está inscrito en el REDAM. La interpretación rigurosa de los jueces es que debe estar inscrito en dicho registro administrativo para que el juez opte por la excepción y resuelva sin mayor trámite.

No está demás señalar que, a nivel nacional, son muy pocos los deudores inscritos en el REDAM. Esto debería ser una obligación exclusiva de los jueces que conocen los procesos de alimentos cuando advierten que los demandados no cumplen con la pensión fijada en la sentencia, pero ocurre que existe una interpretación (casi uniforme) de los jueces de paz letrado que para la inscripción se requiera iniciativa de parte; es decir, el progenitor que custodia al niño deberá pedirlo, además de llenar un formulario que desincentiva la inscripción. En los hechos, se le impone al progenitor diligente que cuide al niño, a ser el único sostén, a pedir las liquidaciones ante el no cumplimiento de la pensión por parte del progenitor demandado y si quiere viajar con su hijo al extranjero prontamente, tiene que haber realizado todo el trámite administrativo para la inscripción ante el REDAM. A ese progenitor deudor alimentario, que no custodia a su hijo, por el solo hecho de no estar registrado administrativamente en el REDAM se le da la oportunidad para oponerse al viaje de su hijo al extranjero y dilatar el proceso. No parece razonable.

Considero que si el objetivo del artículo 112-A es promover el cumplimiento de los alimentos y que el progenitor que se oponga al viaje de su hijo no sea deudor alimentario, sería suficiente que el progenitor demandante demuestre al juzgado que el otro progenitor

debe la pensión fijada en sentencia, de esta forma, el juez especializado deberá aplicar la excepción y autorizar el viaje de manera inmediata.

Respecto a la condena por sentencia firme por delito doloso del progenitor cometido en agravio o perjuicio de sus hijos, también existen diversas interpretaciones. Por ejemplo, se presentan demandas en los que se demuestra que el progenitor ha sido condenado por robo o diversos delitos contra el patrimonio, ¿dicha condena es en agravio o perjuicio del hijo? En definitiva, toda sentencia condenatoria perjudica al hijo en el ámbito afectivo y patrimonial. Esta debería ser la interpretación que más beneficia al niño, para que, con ello, el juez pueda emitir la resolución final de manera inmediata.

En otros casos, los usuarios solo mencionan que el otro progenitor se encuentra condenado, pero no adjuntan sentencia o resolución alguna. En este último caso, peticionar de oficio la sentencia o resolución puede demorar algunos meses y pierde eficacia peticionar la aplicación del artículo 112-A. Debería optarse por la regla del artículo 112.

8. ¿Debe el progenitor solicitante domiciliar con su hijo?

El artículo 112 del CNA señala que el progenitor deberá presentar los medios probatorios que justifiquen su pedido, sin dar mayores precisiones. Es el Poder Judicial, a través de la Directiva n.° 009-2022-CE-PJ, quien ha detallado los documentos que debe acompañar el demandante[1]. Así, de la documentación a presentar, resalta particularmente el artículo 7.1.1.5, que establece la exigencia al demandante

1 El artículo 7.1.1.2 de la Directiva n.° 009-2022-CE-PJ, señala que:
La solicitud de autorización de viaje deberá acompañar lo siguiente: a) Partida de nacimiento de la niña, niño o adolescente, certificada por el registro correspondiente (si tuviera partida extranjera debe estar traducida al castellano) o Documento Nacional de Identidad (DNI) de la niña, niño o adolescente, si lo tuviera; b) Copia del documento nacional de identidad del solicitante, en caso sea extranjero (CE o pasaporte); c) Arancel judicial según el cuadro de valor de aranceles; d) Tres (3) fotos de la niña, niño o adolescente a color fondo blanco tamaño pasaporte solo en los juzgados que no cuenten con SIJ (uno para el formato manual, una para el juzgado y una para el REDIJU).

de tener que demostrar que reside o vive con su hijo, de lo contrario, el propio juez podrá ordenar un informe social para corroborar que quien solicita reside con el niño, niña o adolescente[2].

Sobre el particular, propongo el siguiente ejemplo: Un progenitor que no vive con su hijo, pero tiene contacto frecuente con él a través de un régimen de visitas, se le presenta la posibilidad de viajar a Disney en compañía del menor. El niño está feliz con la noticia y solo esperan que la madre acepte. Es quizás el «regalo» que desea brindarle a su hijo por sus excelentes calificaciones escolares. En tal sentido, el padre solicita a la madre del niño el permiso temporal para viajar con su hijo al extranjero. La madre que ejerce la custodia del niño le niega el permiso y el progenitor tendrá que recurrir a la vía judicial para que se le autorice el viaje temporal; sin embargo, su demanda será declarada improcedente porque no demuestra que reside con su hijo.

Si bien es cotidiano que sea el progenitor que ejerce la custodia del niño quien solicite la autorización de viaje al extranjero, escenarios como el ejemplo desarrollado se presentan y, por tanto, la declaratoria de improcedencia por dicha condición vulneraría el derecho del niño, niña o adolescente a recrearse en compañía de su padre o progenitor, con quien tiene derecho a contactar de manera frecuente.

Recordemos que el progenitor que no ejerce la custodia de hecho o de derecho de su hijo, no tiene prohibido acercarse o tener contacto con su hijo. Por el contrario, el numeral 3 del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) señala que:

---

2 La propia Directiva, en el artículo 7.1.1.5. señala que:
El Juez podrá solicitar los requisitos que considere necesarios, tales como: a) Certificado del movimiento migratorio del padre o madre; b) Informe de la asistente social que verifique la veracidad de lo manifestado por el solicitante y si no hubiere dicho profesional, adjuntará certificado domiciliario que acredite que el solicitante domicilia con la niña, niño o adolescente; c) La publicación de edictos por (3) días hábiles en el diario oficial y en el de mayor circulación a nivel nacional; d) Declaración de dos testigos (familiares hasta el cuarto grado de parentesco) que manifiesten sobre lo solicitado y sobre la necesidad del viaje; e) Informe de la División de Investigación y Búsqueda de personas desaparecidas de la policía nacional del Perú.

> Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular […].

De esta forma, nada impide que el progenitor que no reside con su hijo pueda también recrearse, pasear, visitar o hacer turismo con su hijo en el extranjero. Por tanto, el juez debería considerar de manera expresa en la resolución final el plazo de ida y retorno y los apercibimientos correspondientes.

9. La autorización de viaje del niño al extranjero ¿temporal o definitiva?

A nivel nacional, la interpretación del artículo 112 del CNA es que la autorización de viaje del niño, niña o adolescente al extranjero debe ser temporal. Así, cuando la solicitud del accionante no precisa una fecha de ida y retorno, los jueces declaran inadmisibles las demandas, peticionándole al demandante que precise las fechas de ida y retorno del viaje, bajo apercibimiento de rechazar la demanda.

En otros casos, los juzgados declaran improcedentes las demandas, al considerar, en suma, que, si el solicitante no detalla el plazo de ida y retorno, no corresponde al juez autorizar el viaje del niño al extranjero sin fecha de retorno, ya que en los hechos el usuario estaría buscando que se resuelva de manera implícita sobre la tenencia o custodia del niño[3]. No comparto el presente criterio, por demás riguroso. Adicionalmente, no cabe duda que la autorización de viaje del niño al extranjero, en los hechos, implica una suspensión o, si se quiere, una variación del régimen de tenencia o visitas de los progenitores.

Ahora, conviene recordar que el artículo 112 del CNA, literalmente, no señala que el juez autorizará el viaje del niño o adolescente

3 El presente criterio se puede apreciar en diversas resoluciones de algunos juzgados en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

fuera del país de manera temporal. Tampoco regula que únicamente el progenitor que ejerce la custodia o tenencia del niño es el legitimado para pedir la autorización de viaje. Cada caso que se presenta es distinto y particular.

Por lo general, cualquier progenitor tiene la posibilidad de viajar con su hijo al exterior para fines de recreación o turismo, en un plazo previsto o tiempo determinado. Sin embargo, existen casos en donde el progenitor desea viajar con su hijo al extranjero, pero no tiene claro su retorno o quizás desea, a futuro, establecerse en dicho país. En este último caso, sí resultaría importante verificar que el progenitor demandante es quien custodie a su hijo. Me inclino por la custodia reconocida vía conciliación o judicialmente.

La Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte (en adelante PSC CSJLN), en el Expediente n.º 017061-2021, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la improcedencia de un pedido de autorización de viaje para fines de residencia, sin embargo, considera aspectos relevantes para su procedencia. Así, ha considerado que no bastaría la custodia del niño del progenitor solicitante, también se requiere la probanza de una oferta de trabajo o la residencia en dicho país:

> 4. En el presente caso, la recurrente solicita autorización judicial de viaje fuera del país de su menor hija de iniciales R.S.O.O. (10) con el fin de viajar definitivamente a la ciudad de Roma – Italia, por motivos familiares, refiriendo haber recibido la invitación por parte de su señora madre y hermanas siendo una de ellas nacionalizada italiana, a efectos de que viaje en compañía de su menor hija, agrega que dicho viaje es con la finalidad de que su menor hija se quede a residir en Italia con la recurrente tanto más si existen las condiciones familiares y económicas para dicho fin […] 8. La autorización de viaje, según la demanda, se sustentaría en que las hermanas y madre de la recurrente tienen residencia italiana y habrían invitado a la recurrente a viajar y a vivir con ellas; por ello, en su recurso reitera su negativa a indicar la fecha de viaje y retorno como corresponde a una autorización de viaje e insiste en que el viaje es definitivo, con la finalidad de que ella

> y su menor hija residan en el extranjero, no obstante, no tener la tenencia exclusiva de la menor, una oferta formal de trabajo o la residencia temporal o definitiva en dicho país evidencia así la causal de improcedencia de la demanda […]. (PSC CSJLN, 2022, pp. 2-3)

En un pronunciamiento a favor de la autorización de viaje para fines de residencia, la Primera Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima (en adelante PSF CSJL), en el Expediente n.º 12359-2014, ha considerado que cuando el niño siempre ha vivido con la progenitora en el país y si dicha progenitora ha contraído matrimonio con un extranjero (en el caso, un inglés) en caso decida residir con su cónyuge en Inglaterra, corresponde autorizar el viaje del niño en compañía de su madre a Inglaterra, con fines de residencia, fijando un régimen de visitas para el progenitor del niño que reside en el Perú, teniendo presente la opinión del niño:

> Sexto: Que, como es de verse la demandante pretende se autorice el viaje de su menor hija XXX con motivos de residencia a Inglaterra, donde ha decidido conformar un hogar con el ciudadano inglés XXX, siendo que de acuerdo al relato de la propia menor en audiencia de fojas ciento veintiséis y siguientes, XXX siempre ha vivido en compañía de su madre y que es en agosto de 2014 que la demandante contrae matrimonio, tomando la decisión de residir en dicho país, apreciándose del registro de movimiento migratorio de la demandante obrante a fojas ochenta y cuatro, que ésta no se habría trasladado a ese país antes de la interposición de la demanda y tampoco la menor conforme al registro de movimiento migratorio obrante a fojas ochenta y tres, de lo que se entiende que no habría dejado de ejercitar la tenencia conforme a lo acordado extrajudicialmente. Séptimo: Que, de autos resulta evidente que entre las partes existe un conflicto respecto del régimen de visitas que se otorgó al demandado mediante el acuerdo conciliatorio de fecha 10 de mayo de 2008, cuando la menor tenía cuatro meses de nacida,

siendo preciso señalar que de la contestación de la demanda, se aprecia que no existiría conflicto respecto de la tenencia de la misma, solicitando mantener el contacto personal, como argumentos de la oposición alega que el cambio de residencia imposibilitaría el cumplimiento del régimen de visitas y afectaría sus derechos como padre. Que, no existiendo un proceso especial relativo al cambio de residencia de menores, lo que importa ciertas restricciones al ejercicio de la patria potestad y en cuanto al derecho de relacionarse personalmente de los hijos para con los padres, en la presente causa deberá emitirse pronunciamiento atendiendo al interés superior de la menor […].

Noveno: Que, por otro lado, se tiene que el conflicto entre las partes relativo al régimen de visitas, supone en la práctica alargar el tiempo de permanencia de la menor en el país, es decir, el inicio de la nueva residencia de la madre junto a su esposo y la niña, causando una afectación y perjuicio personal a ambas, puesto que de ser el caso que la madre decida irse a Inglaterra sin la compañía de la menor, ello supondría un posible perjuicio en la estabilidad emocional de la niña, en tanto y en cuanto, es ésta quien ejerce su tenencia y custodia desde su nacimiento, apreciándose que la menor no desconoce el desacuerdo respecto de la autorización de viaje, denotando no encontrarse conforme con la posición del padre […].

Décimo: Atendiendo a las circunstancias expuestas y a la opinión de la menor involucrada, aplicándose el principio de interés superior del niño, la resolución apelada deberá revocarse, declarándose infundada la oposición formulada por el demandado y en consecuencia, fundada la demanda de autorización de viaje de la menor XXX, pues ello supone que está viva, crezca y se desarrolle dentro del entorno familiar al que ha estado inserta mayor tiempo de su vida, esto es, en compañía de su madre, decisión que se encuentra en armonía con su interés superior, pues ello le asegura su bienestar y hace efectivo su derecho a desarrollarse dentro del seno de la familia […]. (PSF CSJL, 2017, pp. 6-9)

10. La opinión del niño en el proceso

La sentencia de la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima nos invita a reflexionar sobre la opinión del niño en el proceso de autorización de viaje, aspecto relevante que nos permite afirmar que el juez al momento de decidir deberá escuchar el parecer del niño, más aún si, como ya lo habíamos indicado anteriormente, la autorización de viaje, en los hechos, generará una suspensión o variación del régimen de tenencia y visitas de los progenitores. El numeral 1 del artículo 12 de la CDN, establece que:

> Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

De manera contraria, la PSC CSJLN, en el Expediente n.º 12691-2022, ha considerado que, sin perjuicio de la opinión del niño, el solicitante deberá demostrar los ingresos para el viaje programado, el itinerario y el arraigo que permita corroborar que retornará al país con el niño, con la finalidad de salvaguardar el contacto de dicho niño con ambos progenitores:

> 4.11. Si bien en acta de audiencia la menor indicó que pretenden viajar a Disney y que viajaría con su mamá, su daddy (novio de su madre de nacionalidad estadounidense) y su hermana Maia, y que quiere viajar solo cinco días; la parte demandante no ha acreditado los ingresos que cuenta con los que pretende solventar los gastos y los recorridos que se realizarán, máxime si del recibo de servicio de gas supuestamente se advierte que la solicitante y su hija se hospedarían en Arizona, cuando Disney se encuentra en California, demostrando así que las declaraciones de la menor resultan ser genéricas, sin fundamentos fácticos que lo corroboren.

4.12. Más aún, la demandante ha señalado que se desempeña como Asesora Financiera Independiente, con lo cual se corrobora que la señora no cuenta con dependencia laboral alguna dentro del territorio, careciendo consecuentemente de arraigo social.

4.13. Siendo esto así, se tiene que, en caso de acceder a la solicitud de autorización de viaje formulada por la madre de la menor, se pondría en riesgo el derecho que le asiste a esta última (y a su padre) de mantener su vínculo paterno filial. Si bien es cierto que se deben escuchar la opinión de los niños, no es menos cierto que dichas opiniones son referenciales, ya que por encima de ello se tiene el deber de cautelar los principios rectores de nuestro sistema normativo, siendo uno de ellos el principio de interés superior del niño, concretado en el derecho que tiene el menor a no perder el vínculo paterno filial [...]. (PSC CSJLN, 2024, p. 6)

11. Conclusiones

a) El proceso judicial de autorización de viaje del niño al extranjero es la última medida que toma uno de los progenitores, ante la imposibilidad o negativa del otro progenitor de llegar a un acuerdo para el viaje del niño por la vía notarial. Así, se requiere que el Poder Judicial brinde una respuesta célere, máxime si, en muchas ocasiones, el viaje ya está programado cuando acuden a la instancia judicial.
b) Si bien el CNA regula la posibilidad de recurrir al CPC cuando un proceso no contencioso no tenga un procedimiento o trámite, atendiendo a la prontitud con la que debe resolverse el asunto, nada impide que el juez centre el análisis sin recurrir necesariamente al CPC, sobre la base de los artículos 112 y 112-A del CNA. En el primer artículo (112) se regula un trámite breve y escrito, con la posibilidad de que el progenitor emplazado pueda oponerse. En este último caso, el juez resolverá, previa opinión fiscal.

c) Con base al Tercer Pleno Casatorio, el juez podrá citar a una audiencia para escuchar a las partes y al niño, aplicando la técnica de la oralidad, debiendo actuar los medios probatorios y resolviendo oralmente en audiencia.
d) En el segundo artículo (112-A), se regula un trámite aún más breve, en el que solo bastará verificar que el progenitor, distinto al solicitante, se encuentre inscrito en el REDAM o haya sido condenado por delito doloso para resolver el pedido de autorización de viaje en un plazo máximo de dos días. En este escenario, se requiere evaluar cada caso en concreto, atendiendo al interés superior del niño, dejando de lado el análisis mecánico o riguroso.
e) El artículo 112 del CNA no establece que la autorización de viaje debe ser temporal en todos los casos. Tampoco señala que únicamente el progenitor que ejerce la custodia del niño está legitimado para pedir la autorización.
f) Ambos progenitores, conforme a sus deberes y derechos, se encuentran autorizados para peticionar la autorización judicial de viaje de su hijo, para fines de recreación o turismo. Sin embargo, la jurisprudencia informa que el solicitante deberá demostrar los ingresos con los que solventará el viaje con su hijo al exterior, el itinerario y el arraigo, además de escuchar la opinión del niño en el proceso.
g) Cuando se peticiona una autorización judicial de viaje para fines de residencia, la jurisprudencia considera que es necesario que el progenitor solicitante sea quien custodie de manera exclusiva al niño, debiendo demostrar además una oferta de trabajo o la residencia en el país donde busca viajar o la necesidad del viaje con su hijo al haber contraído matrimonio con un extranjero. En todos los supuestos, siempre será necesario escuchar la opinión del niño.
h) En los hechos, la autorización de viaje del niño al extranjero, sea temporal o para fines de residencia, implica en los hechos una suspensión o variación del régimen de tenencia y visitas de los progenitores, lo que deberá tener presente el juzgador al momento de resolver.

Referencias

Asamblea General de la ONU (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25. Nueva York: 20 de noviembre de 1989.

Congreso de la República (2000). Código de los niños y adolescentes. Ley n.º 27337. Lima: 07 de agosto de 2000.

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2022). Resolución Administrativa n.° 000096-2022-CE-PJ que aprueba la Directiva n.º 009-2022-CE-PJ. Registro Nacional de autorización y oposición de viaje de niñas, niños y adolescentes. Lima: 21 de marzo de 2022.

Corte Suprema de Justicia de la República (2011). Casación n.º 4664-2010-PUNO. Lima: 18 de marzo de 2011.

Corte Superior de Justicia de Lima. Primera Sala de Familia (2014). Expediente n.º 12359-2014. Lima: 11 de abril 2017.

Corte Superior de Justicia de Lima Norte. Primera Sala Civil Permanente (2022). Expediente n.º 107061-2021. Lima: 26 de enero de 2022.

Corte Superior de Justicia de Lima Norte. Primera Sala Civil Permanente (2024). Expediente n.º 12691-2022. Lima: 10 de enero de 2024.

Ministerio de Justicia (1993). Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS. Lima: 22 de abril de 1993.

Pariasca, J. (2022). La congruencia procesal en la tenencia del niño, niña o adolescente. *Llapanchikpaq: Justicia*, *4*(4), 41-53.

Datos de los autores

Janet Tello Gilardi

Es jueza suprema titular y presidenta de la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República del Perú, de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad y de la Asociación Peruana de Mujeres Juezas (APMJ), que integra la International Association of Women Judges (IAWJ). Es doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, egresada de la Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales (UNMSM), abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y diplomada en Estudios de Género (PUCP).

Carlos Calderón Puertas

Es juez supremo titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, desempeña labores como juez en la Primera Sala Constitucional Transitoria. Es presidente de la Comisión Nacional de Implementación de Mejoras al Sistema Estadístico Judicial e Hitos, y vicepresidente de la Comisión de Acceso a la Justicia del Poder Judicial. Ha sido presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte y jefe de la Oficina de Control del mismo distrito judicial. Abogado y magíster con especialización en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Ángel Serrano de Nicolás

Es doctor en Derecho civil, desempeña el cargo de profesor universitario —en diversas universidades— tanto en grado, postgrado y máster. Es miembro —en diversas ocasiones— de tribunales evaluadores para el título de doctor, en diferentes universidades españolas. Es director de la revista colegial «La Notaría», presidente en Tribunal examinador a las Oposiciones al Título de Notario, para todo el Estado español (Barcelona, 2023-2024), fue condecorado con la Cruz de Primera clase de San Raimundo de Peñafort por el Gobierno de España. Es académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y, también, académico electo de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. Miembro de la Comisión de Codificación de la Generalitat de Catalunya. Autor de más de un centenar de aportaciones doctrinales en artículos de revista y obras colectivas o individuales, publicadas en España, Argentina, Chile, Colombia, Perú y México. Asimismo, es miembro de diversos proyectos de investigación con financiación estatal.

Amelia de los Milagros López

Es médica (UNC) y magíster en Derechos de Familia, Infancia y Adolescencia (Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona). Defensora de derechos de niñas, niños y adolescentes, elegida por la Honorable Legislatura de Córdoba desde marzo del año 2016 a la fecha. Presidenta del Instituto Latinoamericano del Ombudsman/Defensorías del Pueblo desde octubre del 2023. Directora de la Diplomatura de Derechos de Infancias-Abogado del Niño, desde el año 2020, de la Facultad de Derecho de la UNC. Recibió el Premio Arnulfo Romero 2024 en Educación en Derechos Humanos, otorgado por la OEI. Es diputada nacional (MC) por la provincia de Córdoba. Es exministra de Educación de Córdoba. Además, es autora y coautora de numerosas publicaciones de educación y derechos humanos de NNA.

Inmaculada Vivas Tesón

Es catedrática de Derecho civil, cuenta con más de un centenar de publicaciones sobre distintas instituciones de su disciplina, en las que predominan las del derecho de la persona y familia, contratos, daños y sucesiones. Ha sido profesora visitante en diversas universidades europeas y latinoamericanas, en las que presentó numerosas ponencias y conferencias en distintos foros nacionales y extranjeros. Es miembro de varios proyectos de investigación y responsable del Grupo de investigación «Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado». En el año 2011 obtuvo el primer Premio de Investigación del Observatorio Estatal de la Discapacidad, en el año 2013 el Premio Nacional de la Fundación Alares y en el año 2021 el Premio de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, así como la mención especial en los Premios Reina Letizia del Real Patronato sobre Discapacidad.

Joaquín Mayta Valenzuela

Licenciado en Psicología con mención en Psicología Clínica por la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (UARM), con un diplomado en Gestión de Políticas y Programas con la Niñez y Adolescencia por la misma universidad (UARM). Tiene experiencia en intervención psicológica clínica-comunitario y en entornos educativos con niñas, niños, y adolescentes, así como con las personas que les tienen a su cargo, especialmente cuidadores primarios y docentes. Su investigación «Imagen corporal en estudiantes universitarias y universitarios que suben videos a TikTok» ha sido una de las ganadoras de la tercera edición del concurso Jóvenes en Agenda, organizado por la Secretaría Nacional de la Juventud (SENAJU), del Ministerio de Educación.

Gianella Llatas Corro

Licenciada en Psicología Clínica por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), con un posgrado en Clínica con Niños, Niñas y Adolescentes (Buenos Aires, Argentina). Cuenta con experiencia en el ámbito de la psicología infantil y juvenil, particularmente en contextos de

vulnerabilidad social. Su enfoque profesional se centra en la atención y fortalecimiento emocional de niñas, niños y adolescentes (NNA) y sus familias, en situación de riesgo. Ha trabajado en intervenciones psicológicas, facilitación de talleres socioemocionales y diseño de estrategias de apoyo psicosocial, promoviendo el bienestar integral de los NNA.

Alex Fernando Plácido Vilcachagua

Es profesor de las facultades de derecho de la Universidad del Pacífico (UP) y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Es investigador en materia jurídica con mención en Derecho de las Personas, Derecho de Familia, Derecho del Niño y Adolescente y Derecho de Sucesiones. Amicus Curiae de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en los Plenos Casatorios Civiles III y VIII. Es profesor honorario de la Universidad Nacional San Agustín, de la Universidad Privada de Tacna y de la Universidad Señor de Sipán. Es presidente de la Asociación Peruana de Derecho de Familia y Sucesiones (APDFS). Miembro del Grupo de Trabajo creado por la Resolución Ministerial n.º 0037-2024-JUS encargado de revisar y elaborar la propuesta de actualización del Código Civil.

Graciela Tagle de Ferreyra

Es representante de la Red Internacional de Jueces de La Haya de la República Argentina, exjueza de Primera Instancia del Juzgado de Familia de Tercera Nominación en Córdoba Capital. Coordinadora de la Oficina de Cooperación Judicial Internacional del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, República Argentina, punto de Contacto de la Red Iberoamericana —IberRed— en materia de Derecho de familia de la República Argentina. Es miembro titular del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de la Provincia de Córdoba, miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional Privado, miembro de la Federación Argentina de Estudios Procesales, miembro de la International Association of Women Judges, miembro de la Asociación Nacional de Mujeres Juezas. Es capacitadora a nivel nacional e internacional y

autora de numerosas publicaciones nacionales e internacionales en materia de restitución y protección internacional de niños. Autora de iniciativas legislativas en materia de restitución internacional de niños (Ley 10419 de la Provincia de Córdoba, Ley Modelo interamericana, coautora del Proyecto de Ley Nacional «Procedimiento de restitución internacional de menores, régimen de visitas o contacto internacional, enmarcado en las leyes 23.857 y 25.358»). Tiene reconocimiento de la Oficina Consular de Cuestiones relativas a la niñez de los EE. UU. por su destacado rol en el Poder Judicial como colaboradora en materia de Restitución Internacional de menores (28 de abril de 2022). Asimismo, tiene reconocimiento de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba, a la colaboración en el Área de Capacitación. También, tiene reconocimiento de la Asociación de Mujeres Juezas por los seminarios realizados en los años 2021 y 2022 en materia de restitución internacional de niños y régimen de visitas o contacto internacional (septiembre de 2022).

Marisa Herrera

Es doctora en Derecho (UBA), especialista en Derecho de Familia (UBA) e investigadora independiente del CONICET. Honoris Causa por la Universidad Nacional de Chaco Austral. Tiene personalidad destacada en el ámbito de las ciencias jurídicas de la Legislatura de CABA. Es profesora titular regular (UNDAV), profesora adjunta regular (UBA), directora de la Maestría en Derecho Civil (UNLPam), directora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia (UNS), directora de la Carrera de Especialización en Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (UNICEN), directora de la Carrera de Especialización en Derecho de las Familias, Niñez y Géneros (UNCAUS) y directora de la Carrera de Especialización en Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencias (UNPAZ). Asimismo, integró el equipo de redacción del Código Civil y Comercial de la Nación.

Paula Siverino Bavio

Es abogada y doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Es miembro y relatora del Comité Internacional de Bioética de Unesco (IBC Unesco). Es miembro del Consejo de Bioética del Instituto Internacional de Derechos Humanos – Capítulo de las Américas por el Perú. Es cofundadora y exvicepresidente de la Asociación por la Educación Inclusiva (Costa Rica). Es fundadora del Observatorio de Bioética y Derecho, facultad de Derecho de la PUCP. Asimismo, es autora del libro «Introducción a la Bioética Jurídica» (PUCP, Lima, 2024). También, es docente universitaria, investigadora y comunicadora. Además, es consultora en bioética y derechos humanos, y activista por la paz mediante la educación emocional.

Aída Kemelmajer

Doctora honoris causa de las universidades francesas de Paris XII y Montpellier, de la Universidad de La Habana y de las universidades argentinas de Buenos Aires, La Plata, Tucumán, Córdoba, el Litoral, Rosario, de Cuyo, Mendoza, entre otras. Recibió el Premio Konex de Brillantes en Humanidades 2016 a la personalidad más destacada en la última década. Es exjueza de la Suprema Corte de Mendoza (1984/2010). Académica de número de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires y correspondiente de las academias colombiana, paraguaya y de Madrid (España). Integrante de la Comisión redactora del anteproyecto que sirvió de base al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina vigente desde agosto 2015.

Ana María Chávez Matos

Es fiscal superior penal titular. Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Tiene Maestría en Derecho Penal por la Universidad de Medellín (Colombia). Además de la Maestría en Derecho Civil y Comercial, y de la Maestría en Gestión Pública. Asimismo, ha sido presidenta de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal de Huánuco.

Sergio J. Cuarezma Terán

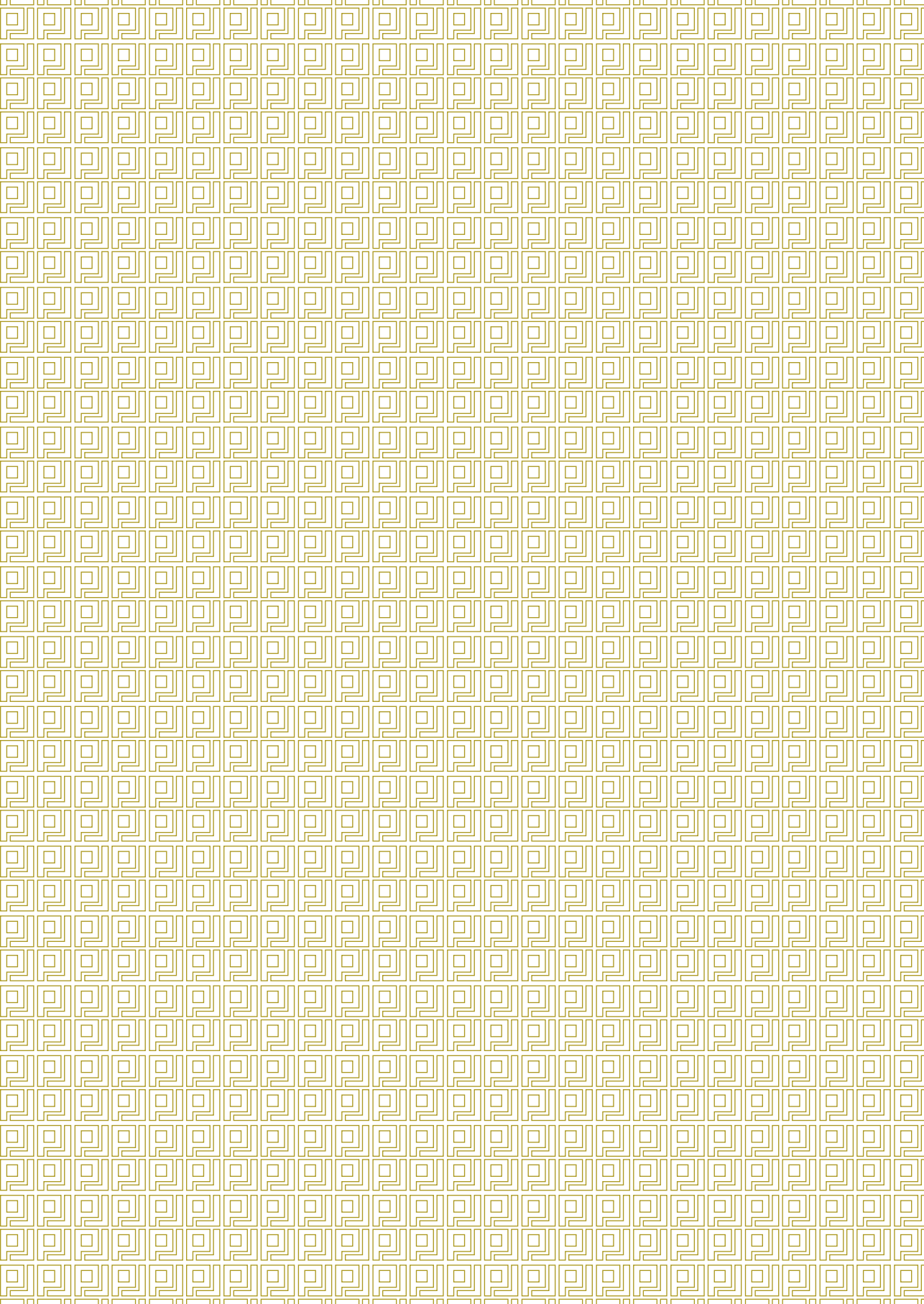
Es Prof. Dr. h. c. mult. Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Es rector, profesor e investigador de Derecho penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Es investigador senior del Instituto de Estudios Penales «Alimena», Instituto de Investigación Interdepartamental de la Universidad de Calabria, Italia. Es miembro de la Red Iberoamericana de Política Criminal (RIBPCRIM), miembro del Comité Permanente de América Latina para la Prevención del Delito (COPLAD) y experto del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Además, es miembro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo de Latinoamérica.

Diego Cuarezma Zapata

Máster en Derecho Internacional (LL.M.int) por la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemania; máster en Derecho Internacional Inversión, Comercio y Arbitraje por la Universidad de Chile y máster en Derecho Penal y Procesal Penal por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Profesor e investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

Jorge Johan Pariasca Martínez

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con estudios de Maestría en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Ha sido docente de la Universidad de San Martín de Porres, Academia de la Magistratura y CINFO de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.



Esta obra conmemora los 35 años de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, tratado fundamental para la promoción y protección de los derechos de la infancia a nivel global. Ratificada por el Estado peruano en 1990, la Convención representa un compromiso global y nacional con el bienestar, desarrollo integral y dignidad de niñas, niños y adolescentes, constituyéndose en un pilar esencial para la formulación de políticas públicas y acciones orientadas a las nuevas generaciones. En sus páginas reúne valiosas contribuciones académicas de destacados especialistas internacionales y nacionales, quienes abordan diversas dimensiones de los derechos de la niñez desde una perspectiva interdisciplinaria y comparada.

ISBN: 978-612-4484-60-5