



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



TESIS:

**“EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO FRENTE AL DERECHO A LA
INTIMIDAD Y LA DESPROTECCIÓN DEL ADOLESCENTE EN LAS REDES
SOCIALES”**

PRESENTADO POR:

Bach. Juan Carlos Tomás Mendoza Urraca

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

ASESOR: Mg. Armando Hoyos Vásquez

LAMBAYEQUE, 2018

Tesis denominada “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO FRENTE AL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA DESPROTECCIÓN DEL ADOLESCENTE EN LAS REDES SOCIALES”, presentada para optar el TITULO DE ABOGADO, por :

.....
Bach. Juan Carlos Tomás Mendoza Urraca

BACHILLER

.....
Mag. Luis Armando Hoyos Vásquez

ASESOR

APROBADO POR:

.....
Dr. Rafael Hernández Canelo
PRESIDENTE

.....
Abog. Jesús Alicia Fernández Palomino
SECRETARIO

.....
Mag. Mary Isabel Colina Moreno
VOCAL

DEDICATORIA

A Apolonia Sánchez Mendoza, mi abuela,
mi más grande ejemplo a seguir

AGRADECIMIENTO:

A los docentes de pre grado, de quienes he aprendido a conocer el Derecho.

A mis padres y mi hermana, por su constante apoyo durante mi vida universitaria.

INDICE

INDICE	5
RESUMEN	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUCCION	10
CAPITULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	12
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.	12
1.1.1. Planteamiento del problema.	12
1.1.2. Formulación del problema.	13
1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.	13
1.2.1. Justificación del estudio.....	13
1.2.2. Importancia del estudio.....	14
1.3. OBJETIVOS.	14
1.3.1. Objetivo General.....	14
1.3.2. Objetivos Específicos.	15
1.4. HIPÓTESIS.	15
1.5. VARIABLES.	15
1.5.1. Variable independiente.....	15
1.5.2. Variable dependiente.	16
1.1. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.	16
1.1.1. Métodos.....	16
1.1.2. Técnicas.....	17
1.1.3. Instrumentos.....	18
1.2. Análisis estadísticos de los datos	19
1.2.1. Presentación de Datos.....	19
1.2.2. Procesamiento de Datos.....	20
CAPITULO II.....	22
EL DERECHO A LA INTIMIDAD	22
2.1. Naturaleza jurídica del derecho a la intimidad	22
2.2. Relación del derecho a la intimidad con otros derechos fundamentales	24
2.2.1. El Derecho a la Identidad	25

2.2.1.1.	Origen del Derecho a la Identidad	30
2.2.1.2.	Derecho a la Identidad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. 36	
2.2.1.3.	La identidad como derecho fundamental.	37
2.2.2.	La relación con la dignidad.....	39
CAPÍTULO III.....		44
EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO		44
3.1.	Definición del principio de Interés Superior del Niño.....	44
3.2.	Elementos fundamentales para alcanzar el contenido del interés superior de los niños y niñas.....	47
3.3.	La capacidad jurídica en los menores de edad.....	48
3.4.	Capacidad de ejercicio de los menores	50
3.5.	La relación existente entre el niño y las redes sociales	51
3.5.1.	Las redes sociales en la era digital	51
3.5.2.	La protección normativa	54
CAPÍTULO IV.....		58
ANÁLISIS Y RESULTADOS.....		58
4.1.	Análisis de los resultados:.....	58
4.1.1.	Resultados del análisis doctrinario.....	58
4.1.2.	Resultado analítico del tratamiento en el Derecho Comparado.....	62
4.1.3.	Resultados de la opinión de operadores jurídicos.....	65
CAPÍTULO V.....		75
CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS		75
5.1.	DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS.....	75
5.1.1.	Discusión sobre el objetivo: “Desarrollar doctrinariamente el derecho a la intimidad”	75
5.1.2.	Discusión sobre el objetivo: “Estudiar el interés superior del niño y los principios que lo componen”	79
5.1.3.	Discusión sobre el objetivo: “Analizar la necesidad de acondicionar el ordenamiento legal de protección al adolescente para evitar los riesgos en las redes sociales”. ⁸¹	
5.2.	RESULTADO DE VALIDACIÓN DE VARIABLES.....	84
5.3.	CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS	86
CONCLUSIONES.....		88

RECOMENDACIONES	92
BIBLIOGRAFÍA	93
ANEXOS:	99
Anexo 1. Encuesta aplicada a los operadores jurídicos.	99
Anexo 2. Estadísticas de captación de menores.	102

RESUMEN

La legislación peruana que se ocupa de la protección de los niños y adolescentes buscando una protección integral, de modo tal que en ese afán se ha recogido de la normativa internacional el principio del interés superior del niño; tal institución se entiende como un principio que está compuesto por diversos derechos que aseguran su protección por parte del Estado, entre ellos ubicamos al derecho a la intimidad. Tal cual se puede evidenciar en los últimos tiempos, la tecnología se ha convertido en casi un ineludible complemento de la vida diaria, situación que en el caso de los menores de edad a través de las redes sociales se apertura una puerta al riesgo que tiene implícito esta conexión virtual; en ese sentido la preocupación de la investigación está orientada a verificar si ante una situación de riesgo respecto a la vulneración del derecho a la intimidad del menor, la norma antes aludida es lo suficientemente eficaz para garantizar la protección integral del adolescente.

Palabras Claves:

Interés superior del niño, intimidad, desprotección, redes sociales.

ABSTRACT

The Peruvian legislation that deals with the protection of children and adolescents seeking comprehensive protection, in such a way that the principle of the best interests of the child has been collected from international standards; Such an institution is understood as a principle that is composed of various rights that ensure its protection by the State, among them we place the right to privacy. As it can be evidenced in recent times, technology has become almost an inescapable complement to daily life, a situation that in the case of minors through social networks opens a door to the risk that has implicit this virtual connection; in this sense, the concern of the investigation is aimed at verifying whether, in the face of a situation of risk with respect to the violation of the child's right to privacy, the aforementioned norm is sufficiently effective to guarantee the integral protection of the adolescent.

Keywords:

Higher interest of the child, privacy, lack of protection, social networks.

INTRODUCCION

El avance de la ciencia y la tecnología producen cambios sociales en nuestro entorno, los mismos que vienen acompañados de nuevos retos para la convivencia humana y riesgos que hemos de aprender a sobrellevar, toda esta situación no puede ser ajena al derecho, pues su carácter evolutivo debe buscar la adecuación de la regla a las necesidades de la comunidad.

Bajo esa perspectiva es que ubicamos el problema que ahora se enfoca como un cuestionamiento como origen de la investigación, pretender saber si las reglas que han sido creadas para brindar garantía a los menores son lo suficientemente eficaces para conseguir su fin bajo el velo de protección de los derechos fundamentales centrados en lo que se reconoce como el principio del interés superior del niño, función eficaz que deberá hacer frente a una realidad cada vez más palpable, el riesgo de los menores ante los peligros que acechan en las redes sociales.

Siendo esta descripción lo que pinta de cuerpo entero al problema de investigación, se proyectó metodológicamente un esquema que permitió plasmar la ruta de trabajo a seguir para conseguir la comprobación de hipótesis inicial que se formuló inicialmente, estructura que se puede verificar en el contenido del capítulo I denominado Aspectos Metodológicos.

Es a partir del segundo capítulo que se produce el desarrollo de lo que corresponde al primer informe de la investigación, así se ha buscado concretizar la meta inicial marcada por los objetivos específicos, el cual lleva por título El derecho a la Intimidad, dentro del cual se busca describir conceptualmente el contenido de este derecho, para luego ubicar una relación con otros derechos conexos como lo son el de identidad y la dignidad, ello en razón de las características que permitan identificar si esta peculiaridad corresponde a los menores como sujetos relativamente capaces.

Ya para el tercer capítulo se buscará reseñar lo correspondiente al principio de interés superior del niño, enfocando el desarrollo del capítulo la descripción de este principio para entender si los derechos que lo integran incluyen la protección de la intimidad, precisamente con la intención de ubicar luego dentro de la legislación el refrendo de esta garantía.

Seguidamente en el capítulo cuarto se registró la información obtenida respecto a la forma en que se identifica el fenómeno advertido respecto a la desprotección de los menores frente a la influencia y riesgos de las redes sociales, resultados que proporcionan datos esenciales para la construcción de la contrastación de la hipótesis; esto último se desarrolla en el capítulo V iniciando por la discusión de cada uno de los objetivos específicos y la validación de las variables, de cuyo resultado se obtuvo la hipótesis final que se contrastó con la inicial para identificar su validez.

Con todos estos resultados se pudo arribar a las conclusiones que se plasman al final con base en cada una de las metas trazadas y desarrolladas según los parámetros de cada uno de los objetivos específicos, las mismas que permitieron señalar las recomendaciones que integran la propuesta final de esta investigación.

CAPITULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS.

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

1.1.1. Planteamiento del problema.

El tema que se aborda con la presente proyección está orientado a la verificación de la realidad que circunda al menor adolescente respecto al uso de los medios informáticos de comunicación conocidos como las redes sociales, herramientas que no son de uso exclusivo de ello, sino que también participan activamente todo tipo de personas, precisamente allí surge la principal situación problemática, puesto que la invasión de sujetos cuyas intenciones no son precisamente las más apropiadas para con los menores.

Esta situación de peligro es la que observaremos con el fin de lograr determinar si la legislación que regula la protección de los menores adolescentes, preocupación que se ha convertido en la motivación de la proyección presentada.

Luego, se entiende que esta situación está generando una afectación social que se percibe con el resultado de las noticias cotidianas en las que se observan problemas de adolescentes acosados por redes sociales, conflictos entre adolescentes por violación a la intimidad personal e incluso la ruptura de la relación entre padres e hijos, todas estas peculiares circunstancias se pueden observar como la consecuencia social del problema

planteado por lo mismo que se hace urgente la intervención estatal sobre este tipo de asuntos que dañan la estructura de la familia y la armonía social.

La búsqueda de un fundamento sólido que permita establecer la necesidad de una regulación adecuada para limitar el derecho a la intimidad del menor en base al mismo principio de interés superior del niño, se ha de realizar un recorrido por la doctrina nacional y extranjera con el fin de encontrar las posiciones jurídicas más adecuadas que permitan encontrar la justificación de la propuesta indicada.

1.1.2. Formulación del problema.

¿De qué manera el derecho a la intimidad como parte del interés superior del niño, protege al adolescente de los riesgos en las redes sociales?

1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

1.2.1. Justificación del estudio.

La elaboración de esta proyección académica se desarrolla en base a la justificación que otorga la preocupación por la garantía de los derechos del menor adolescente, toda vez que tal cual el desarrollo de la sociedad se han incorporado tecnologías que permiten la interacción sin un control adecuado para el acceso de los

adolescentes.

1.2.2. Importancia del estudio.

Pese a que se podría entender como un problema que únicamente tendría una connotación intra familiar, el enfoque que justifica esta investigación se dirige al análisis de la realidad social familiar que se desencadena por la ausencia del control de las comunicaciones por redes sociales y con los resultados, calcular la necesidad de que el Estado intervenga en la solución y más adecuado aún de la prevención de los conflicto y vulneraciones de los derechos. Es precisamente en esto último donde radica la importancia de la investigación, por lo que con la propuesta que se logre elaborar se buscará generar un amplio ámbito de protección a los menores adolescentes.

1.3. OBJETIVOS.

1.3.1. Objetivo General.

Determinar si el derecho a la intimidad como parte del interés superior del niño,

protege al adolescente de los riesgos de las redes sociales.

1.3.2. Objetivos Específicos.

- ✓ Desarrollar doctrinariamente el derecho a la intimidad
- ✓ Estudiar el interés superior del niño y los principios que lo componen.
- ✓ Analizar la necesidad de acondicionar el ordenamiento legal de protección al adolescente para evitar los riesgos en las redes sociales.

1.4. HIPÓTESIS.

Si, se logra determinar que el derecho a la intimidad como parte del interés superior del niño, limita el efecto de la protección integral; entonces, será necesario especificar en la legislación civil y del adolescente los límites que permitan protegerlos de riesgos en las redes sociales.

1.5. VARIABLES.

1.5.1. Variable independiente.

El derecho a la intimidad como parte del interés superior del niño.

1.5.2. Variable dependiente.

La protección del adolescente ante los riesgos de las redes sociales.

1.1. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

1.1.1. Métodos

En nuestra investigación haremos uso de los siguientes métodos, que nos permitirán desarrollar la observación de una forma adecuada y sistemática, así tenemos:

- ✓ **Método exegético jurídico.-** Este método será aplicado para interpretar el sentido de las normas recopiladas respecto a la protección integral del menor de edad; detalle que se confrontará con la realidad nacional y regional, permitiendo obtener cifras como resultados, en base a las cuales podrá contrastarse la hipótesis planteada.
- ✓ **Método sistemático jurídico.-** Este método podrá ser empleado para realizar un análisis conjunto e interrelacionado de nuestro ordenamiento

jurídico Civil y específicamente en Derecho de Familia, lo cual nos permitirá arribar a la mejor conclusión del informe de investigación.

✓ **Método hipotético deductivo.-** Al emplear el método hipotético deductivo podremos verificar su apoyo metodológico al momento de elaborar la hipótesis de trabajo, y en el transcurso de la investigación para realizar un correcto estudio del tema abordado desde comprender su naturaleza hasta llegar a sus manifestaciones específicas para casos concretos.

✓ **Método inductivo.-** La aplicación de este método nos permitirá analizar el material de estudio, el mismo que ha de servir de base para demostrar la hipótesis de trabajo, así como para la elaboración de las conclusiones y recomendaciones finales.

1.1.2. Técnicas

En el desarrollo de nuestro tema, haremos uso de las técnicas de recolección de la información que nos permita establecer los parámetros con los que se definirá nuestra propuesta, permitiéndonos plantear al final las propuestas en función a los resultados.

✓ **Análisis Documental.-** Se utilizarán fichas bibliográficas, fichas de

investigación documental, fichas bibliográficas, etc., con lo cual se van a obtener datos de los archivos de fuentes documentales, de textos que se hayan publicado en materia de Derecho de Familia, específicamente respecto a la vulneración del derecho a la intimidad del menor de edad y los riesgos a los que acceden mediante las redes sociales.

- ✓ **Observación.-** Se utilizará la guía de observación, con la cual se va a observar la realidad socio jurídica que engloba el problema de la interacción de los adolescentes mediante las redes sociales, en la ciudad de Chiclayo.
- ✓ **Entrevista.-** Se empleará la guía de entrevista; la cual será aplicada a personas que conocen el tema materia de observación, integrando a operadores jurídicos como son Jueces y especialistas, quienes verterán sus opiniones respecto de la problemática que inspira la necesidad de establecer un control de la intimidad del menor ante el riesgo de las redes sociales.

1.1.3. Instrumentos

Los instrumentos son los medios auxiliares para recoger y registrar los datos obtenidos a través de las técnicas.

- ✓ **La Ficha.-** Es un instrumento que se utiliza en la técnica del fichaje, y servirá para localizar las fuentes y también para almacenar la información que se va obteniendo durante la investigación.

- ✓ **La Guía de Observación.-** Instrumento que se utiliza en la técnica de la observación, y servirá para realizar una observación directa no participante del objeto materia de investigación.

- ✓ **La Guía de Entrevista.-** Es un instrumento que se utiliza en la técnica de la entrevista, y consistirá en un conjunto de preguntas que se elaborarán para que sirvan de orientación en el dialogo que se debe tener con los entrevistados que son los conocedores del tema.

1.2. Análisis estadísticos de los datos

Consiste en describir cómo será analizada estadísticamente la información.

1.2.1. Presentación de Datos

Los datos obtenidos serán presentados de la siguiente manera:

- a. Los datos cualitativos, serán presentados en fichas.
- b. Los datos cuantitativos, serán presentados en cuadros y gráficos.
- c. También podrá incluirse fotografías y filmaciones editadas.

1.2.2. Procesamiento de Datos

- a. Crítica y discriminación de datos; los datos obtenidos y que se encuentran presentados en fichas, cuadros, gráficos y otros, serán evaluados por el investigador, para ver si estos se encuentran completos, si han sido correctamente obtenidos y si son auténticos, de tal manera que solamente nos quedaremos con aquellos datos que son confiables, mientras que no lo son, serán descartados.
- b. Tabulación de datos; a los datos que hayan pasado el procedimiento de crítica y discriminación de datos, y que se encuentran presentados en fichas, cuadros, gráficos y otros, se les asignará un código a cada ficha, cuadro, gráfico u otro, el cual se hará teniendo en cuenta el esquema de investigación que se anexa al final del presente proyecto de investigación.
- c. Tratamiento de datos: Los datos que hayan sido tabulados, serán ordenados de acuerdo al código que se les haya asignado, para su correspondiente análisis, conforme a lo propuesto en el método de análisis, expuesto precedentemente.

CAPITULO II

EL DERECHO A LA INTIMIDAD

El desarrollo de este capítulo obedece a la estructuración de la primera de las metas trazadas como objetivo específico dentro de la proyección de la investigación, así su destino es recoger los componentes jurídicos básicos que fundamentan la razón de ser de este derecho, características que servirán de base para el establecimiento de los lineamientos de protección que ha de cubrir el interés superior del niño con el fin de garantizar un desarrollo adecuado de los menores de edad.

En ese sentido, se ha considerado prudente iniciar la descripción del derecho estudiado desde la perspectiva de su naturaleza jurídica para luego establecer otros aspectos que determinen su estructura e importancia para finalmente establecer si los menores de edad deberán ser protegidos de una manera distinta a los demás.

2.1. Naturaleza jurídica del derecho a la intimidad

La justificación de la existencia de un derecho que abarque aspectos de la propia naturaleza humana, es lo que le otorga la peculiaridad de fundamental, por lo mismo que su contenido incorpora la dignidad de la persona, circunstancia que se puede entender de la descripción que realiza Carrillo (2003), cuando dice:

El análisis de la naturaleza del derecho a la intimidad se inscribe en el que corresponde o es propio de los derechos de la personalidad, que son

aquellos que atribuyen a su titular un poder de amplia disposición para proteger todo lo que él entiende que concierne a la esencia de su persona y las cualidades que la definen (pág. 41).

Importante reconocer la característica de la personalidad que plasma el autor, dando a entender ello como la peculiaridad del ser humano para poder desarrollarla en función a sus decisiones propias, corresponderá en su momento hacer uso de la definición para verificar si esta autodeterminación se le puede atribuir al menor de edad, adelantando desde ya la característica de sujeto con una capacidad relativa en tanto se refiere a la facultad de decisión y hasta razonamiento, desde luego esta discusión se desarrollará ampliamente más adelante.

Con la intención de ampliar la percepción del contenido del derecho a la intimidad tomaremos como referencia a Rebollo Delgado (2000), quien en su libro titulado *El derecho fundamental a la intimidad*, donde nos habla del ámbito que comprende el derecho a la intimidad diciendo:

El derecho a la intimidad tiene un ámbito (ad intra) del individuo y otro externo (ad alia). En su manifestación interna es un neto derecho de defensa, en su carácter externo es un derecho con una interpretación expansiva, es la facultad que tenemos de decidir lo que queremos que otros conozcan de lo que a nosotros pertenece (pág. 76).

En tal sentido, se puede afirmar que el derecho a la intimidad no sólo es un derecho de defensa, porque si así fuera no tendríamos una visión global del mismo, veríamos su parte interna, pero no la externa. Dado que la noción de intimidad es una categoría social, cultural e histórica, la intimidad como derecho, más que autoprotección o autoconfinamiento pretende ser un nivel de calidad en la relación con los demás, pese a ello, en su configuración primigenia es un derecho de defensa. El recurso jurídico para la

protección de estos derechos es su catalogación como derecho subjetivo. Cuando añadimos el ámbito externo, hemos de dotarle de los caracteres de libertad, de autonomía plena, se le añade un parte activa.

Se puede decir entonces que el concepto del derecho a la intimidad no puede en ningún caso ser cerrado, dado que la idea que se tiene de intimidad varía de una persona a otra, de un grupo a otro, de una sociedad a otra. Son elementos determinantes en su configuración la edad, la cultura, la educación, la comunidad.

En función a todo ello se puede decir que existe una estrecha relación con otro derecho fundamental que posee características similares en su contenido y que sin duda alguna esta vinculación produce efectos sobre la personalidad de un sujeto, que para el caso de estudio deben ser tenidos en cuenta, estamos hablando del derecho a la identidad que a continuación se describe.

2.2. Relación del derecho a la intimidad con otros derechos fundamentales

Recoger de la doctrina esta información permitirá establecer la vinculación entre los derechos fundamentales que asisten a la consagración del ejercicio de la intimidad como derecho respecto de los intereses que corresponden a los menores de edad, resultado que será usado posteriormente en el rubro de discusión de la tesis a fin de establecer si corresponde una protección especial y si existen límites en la misma para garantizar el

libre desarrollo de la personalidad de quienes están expuestos a los conflictos que pudieran desatarse en las redes sociales.

2.2.1. El Derecho a la Identidad

Resulta muy importante encontrar una definición que nos haga entender el significado del derecho a la Identidad, por ello empezaremos diciendo que el derecho a la Identidad es un derecho complejo, desde ese punto de vista diremos que es un conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad.

El jurista Fernández Sessarego(2015) afirma que la identidad personal es: “El conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro” (pág. 116).

En el marco de lo indicado por el autor citado, notamos que esboza una idea general de lo que significa la identidad, desde el aspecto de la individualización-

El derecho a la identidad se encuentra regulado en la Constitución Política del Perú en su Artículo 2 de los derechos fundamentales, inc. 1) el cual señala que toda persona tiene derecho a la identidad.

Además de conocer la ubicación dentro de la norma constitucional, es preciso tomar como

referencia la opinión de los juristas de renombre que sobre el particular investigan; así tenemos al Dr. Rubio Correa quien señala lo siguiente:

[...] El derecho a la identidad es aquel que protege a la persona en lo que constituye su propio reconocimiento quién y cómo es. Comprende diversos aspectos de la persona que van desde los más estrictamente físicos y biológicos su herencia genética sus características corporales etc. Hasta los de mayor desarrollo espiritual sus talentos, su ideología, su identidad cultural, sus valores, su honor, reputación etc. (Correa, 1999, pág. 127).

Para tener como base la definición del derecho a la Identidad, tomamos como referencia al concepto dado por el jurista Fernández, que señala lo siguiente:

[...] Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Las características de la personalidad cada cual se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza y permite conocer a la persona, a cierta persona en su mismidad, en lo que ella es en cuanto específico ser humano (Fernández Sessarego, Derecho a la identidad Personal, 1999, pág. 113).

El derecho a la Identidad es un derecho fundamental de la persona, implica el reconocimiento de su existencia en la sociedad. La persona, desde que nace, tiene derecho a ser identificada con un nombre, un sexo y una nacionalidad que la distinguen de los demás, saber quiénes son sus padres y llevar sus apellidos. Razón por la cual, este derecho, se encuentra regulado y protegido por la Constitución.

Tomando como referencia nuevamente a Fernández, diremos que el autor hace referencia a la exposición de motivos del Código Civil de 1984, indicando las razones por las que no fue posible incluir un título referido a la identidad, entendiéndose desde ese entonces

el problema que representa un tema tan delicado, así citamos lo siguiente:

En dicha exposición de motivos se expresa que «...nuestro Código no regula el derecho a la identidad tal como ha sido concebido por cierto sector de la doctrina... Y añadíamos que ello obedece «tanto al incipiente desarrollo del tema dentro de la doctrina civil y la jurisprudencia comparada como la nula atención que la doctrina nacional ha otorgado a la materia». En ese mismo texto se sostiene que, no obstante, tal situación no es «obstáculo para que, a la espera de un serio tratamiento del asunto, la jurisprudencia nacional, con sentido creativo y sustentándose en el derecho a la libertad, a la integridad sicosomática y al nombre, proteja el derecho a la identidad en el sentido tanto de impedir que se imputen a la persona conductas que no le pertenecen, como evitar el que otras asuman la paternidad de aquellas de las que realmente es protagonista» (Fernandez, 1988).

Se puede observar del autor citado, quien resulta haber sido partícipe de la creación de la exposición de motivos de nuestro Código Civil y que en lo concerniente a su Libro Primero, se hace un reconocimiento de la incompletitud en el tratamiento que se le da a un derecho de tanta importancia como lo es el de la identidad, verificando con ello la necesidad de una urgente implementación en la ley que permita el resguardo adecuado de este derecho, en lo que a nuestra investigación concierne, nos preocupa la protección del menor que participa en un proceso de reconocimiento de la paternidad y la consecuencia de la entrega al menor a disposición de uno de los padres.

Desde luego, reconoce también la paternidad como un derecho, lo que encontramos vinculado a nuestro tema, pues, nos enfocaremos a la eventual decisión de otorgar tanto el reconocimiento cuanto la tutela de un menor. Por su puesto, buscando proteger todos sus derechos, nos interesa por ello reconocer entre las definiciones de identidad la que vaya más acorde para ubicarla en el ordenamiento jurídico y conseguir con ello evitar

interpretaciones erradas por parte de los juzgadores.

Nos interesa, entonces, a ese nivel saber hasta dónde son protegidos los derechos de los padres biológicos, y sin duda alguna, la protección de ellos acarreará la protección al derecho de identidad del menor. Encontramos, hasta el momento, la elucubración de dos derechos que se deben garantizar mediante todo proceso al que es sometido el destino de un menor, como son el derecho a la paternidad del padre biológico y el derecho a la identidad del menor.

Para nuestra investigación hará falta una definición dirigida más al origen, el entroncamiento familiar, por ello tomamos lo referido por Torreblanca Gonzales(2009), que indica lo siguiente:

El derecho a conocer a los padres resulta comprendido como uno de los atributos de la identidad de toda persona, la identidad en las relaciones familiares se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad (págs. 129- 131).

Se puede entender de lo anteriormente citado que la identidad es el derecho que tenemos todas las personas de conocer por quienes hemos sido concebidos, lo cual abre la posibilidad de identificar a aquellos que nos dieron la vida. Consideramos importante tomar la conceptualización que hace Varsi Rospigliosi(2001) al respecto del derecho a la identidad, diciendo: “De esta manera, se puede definir el derecho a la identidad como un derecho humano y por lo tanto fundamental para el desarrollo de las personas y de las sociedades” (pág. 227).

Encontramos entonces la justificación de la existencia del derecho a la identidad en función a los principios que integran la concepción de los derechos humanos e inspiran la existencia de los derechos fundamentales. Así este derecho comprende diversos aspectos que distinguen a una persona de otra, incluyendo el derecho a tener un nombre y a la posibilidad de identificación a través de un documento de identidad.

El mismo autor del libro Derecho Genético antes citado indica las delimitaciones que esta distinción comprendería:

Varsi(2001):

“Así pues podemos asumir, la identidad personal supone reconocer a la persona como es ella misma, delimitada por sus propios caracteres físicos y su propio comportamiento. Es pues o que constituye la verdad misma de la persona, no solo considerada individualmente, sino en su dimensión social, en relación con los demás” (pág. 228).

Se puede presumir acaso el momento en que adquirimos tal derecho como seres humanos, y que detalles componen esta identidad, para ello tomamos lo acotado por Merino Martínez(2005), que detalla lo siguiente:

El derecho a la identidad consiste en que todo niño tiene derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento; a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (Merino Martínez, 2005).

Tomando la referencia del investigador Cifuentes y haciendo un parafraseo, se puede decir que, el Estado tiene la obligación, cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, de prestar la asistencia y protección apropiada para permitir restablecer rápidamente reconocer a su hijo o hija en

el momento de su nacimiento (CIFUENTES, 2013, pág. 115).

De esta manera podemos establecer que la identidad es lo que hace a alguien tener una referencia como ser pleno frente a los otros que forman la sociedad. No existe posibilidad humana de cambiar, suplantar o suprimir la identidad sin provocar un menoscabo en la personalidad de este nuevo ser.

2.2.1.1. Origen del Derecho a la Identidad

Este derecho a la identidad tiene su origen en documentos internacionales, tales como que la «Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) y, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 7º y 8º)» (Famá, 2012, págs. 172- 173).

Según Gonzáles (2011) en su artículo *Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México*, el cual explica que:

El derecho a la identidad, especialmente para niñas y niños, ha sido tradicionalmente interpretado como un derecho de la personalidad que se vincula con otros derechos derivados de la filiación, tales como el derecho a tener una nacionalidad, los derechos alimentarios, el derecho a mantener un vínculo con los padres, etcétera (Gonzáles, 2011, pp. 22).

Gonzáles, también señala que este criterio respecto al derecho de la identidad se adoptó en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1989) y conforme a lo establecido en el artículo 133 de la Constitución

que entró en vigor en 1990.

El artículo 7o. establece que el niño tiene derecho a un nombre, nacionalidad, y a conocer a sus padres; mientras que el artículo 8o. obliga a los Estados partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, que incluye su nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. De esta forma, si un niño se ve privado de alguno de estos derechos, el Estado tendrá que prestar la asistencia y protección con el fin de restablecer su identidad (pp. 23).

En el Perú la Constitución Política peruana de 1979 incluye un inciso en el artículo 2º, similar al 7) de la actual Constitución de 1993, el cual explica, en el segundo párrafo que:

«Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley». Es decir, que el constituyente de 1979 y el de 1993, al prescribir el derecho de rectificación o réplica, tutelaba la identidad personal al facilitar dicha acción rectificatoria a “toda persona afectada por afirmaciones inexactas”. Estas “afirmaciones” inexactas no son otra cosa, como se advierte, que la desnaturalización de la “verdad personal”, es decir, de la identidad personal al atribuirse a la persona conductas o ideas que no le pertenecen o negarle aquellas que le son propias. La exactitud o inexactitud de una afirmación sobre la persona es una situación que tiene que ver, estrictamente y como está dicho, con la identidad personal (Fernández, 2009, pp. 48).

Se expone, por tanto, que el Derecho a la Identidad es casi nuevo en la legislación peruana. Así mismo, según lo señala Cárdenas (2015) en su artículo a donde explica que

no hay una norma expresa que consagre como tal «el derecho de las personas a conocer su identidad biológica, por lo que debemos aproximarnos al tema desde una perspectiva jurisprudencial y doctrinaria» (pág. 48).

Cárdenas también explica que toda persona tiene derecho a su identidad, de acuerdo con la Constitución de 1993 inciso 1 del artículo 2, donde se define la identidad personal. Incluso, este autor cita a Fernández Sessarego y agrega que la identidad se entiende como «todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y ‘no otro’» (pág. 48).

3.1.1.1 Definición de identidad

La identidad resulta ser un concepto aparentemente nuevo, pero siempre presente en el desarrollo de la humanidad misma. Entendemos entonces que la identidad es un elemento arraigado en la persona y esta engloba muchos otros conceptos o ideas que hacen parte de un conjunto complejo en la persona a lo largo de su vida.

El concepto de identidad es uno de esos conceptos de encrucijada hacia donde converge una gran parte de las categorías centrales de la sociología, como cultura, normas, valores, estatus, socialización, educación, roles, clase social, territorio/región, etnicidad, género, medios, etc. [...] Además, existe la percepción creciente de que se trata de un concepto imprescindible en las ciencias sociales por la sencilla de que la identidad constituye un elemento vital de la vida social- que supone la percepción de la identidad de los actores y del sentido de su acción. Lo cual quiere decir que sin identidad simplemente no habría

sociedad (Giménez, 2016).

Corona (2016) explica que la identidad es «una manera de creer, de ser y de actuar ante la vida compartida por un grupo o una comunidad. Se trata de rasgos culturales que son característicos de una comunidad, por lo tanto, diferenciadores» (Corona Páez, 2016, pp. 3).

Por otro lado, Moro (2009) considera que la identidad es considerada como un fenómeno subjetivo y de elaboración personal, a su vez, construida también, con la interacción los otros.

La identidad personal también va ligada a un sentido de pertenencia a distintos grupos socio- culturales con los que consideramos que compartimos características en común. Ello, en correspondencia con un proceso dialéctico de formación de la propia identidad, a partir de la representación imaginaria o construcción simbólica de ella (autodefinición) y la identidad social que se elabora a partir del reconocimiento, en la propia identidad, de valores, de creencias, de rasgos característicos del grupo o los grupos de pertenencia, que también resultan definitorios de la propia personalidad. Es una especie de acuerdo interior entre la identidad personal que se centra en la diferencia con respecto a los otros y la identidad social o colectiva que pone el acento en la igualdad con los demás (Moro Da Dalt, 2009, pág. 18).

Podemos ver que tanto Corona como Moro coinciden en que la identidad es aquello

entendido como «pertenecer a», y todo parte de la autodefinición de uno mismo y, también, de la sociedad o comunidad a la que pertenecemos. Es decir, cómo esta nos reconoce como parte de ella.

3.1.1.2 El desarrollo de la Identidad

Desde el siglo XIX y XX, la preocupación por definir o entender la identidad ha sido una cuestión importante entre los estudiosos. Especialmente en el s. XX, como uno de los elementos más destacados, «su concepto es dinámico y en su definición intervienen elementos sociales, culturales, educativos y discursivos que han ido configurándose junto al avance de las ciencias sociales» (Porta, 2014, pág. 62).

Según Robles (2008) menciona que Erik Erikson contribuyó al desarrollo del estudio de la infancia y planteó que la identidad (el Yo) de los seres humanos se desarrolla sobre la base de la interacción con su ambiente. Erikson defendía la postura que las personas, al ser seres activos, tienden a adaptarse al medio en el que se encuentran, a este concepto sobre el desarrollo de la identidad, él lo llamó «Teoría Psicosocial».

De las ocho etapas de la vida que comprende en su teoría del desarrollo epigenético de la personalidad, en las cuatro primeras analiza las particularidades psicosociales que afrontan los niños y que son la base para el desarrollo gradual de su identidad en etapas posteriores que se expresará en cada sujeto con el sentimiento de estar bien, de ser él mismo y de llegar a ser lo que otras personas esperan que él logre alcanzar, después de enfrentarse

a los conflictos e interacciones psicosociales a lo largo de su vida (Robles Martínez, 2008, pág. 29).

De acuerdo con Erikson, deducimos entonces que la infancia es una etapa primordial en la cual el niño comienza a sentar sus bases de identidad. Por tanto, centrándonos más en nuestra investigación, tenemos que:

La formación de la identidad empieza durante la niñez y asume una importancia incrementada durante la adolescencia (Grotevant, 1997). El reconocimiento de la paternidad es un aspecto significativo de la identidad para las personas que han participado de un proceso donde se lucha por su destino como parte de un grupo familiar (Evan B. Donaldson Adoption Institute, 2009).

Por otro lado, Tesouro, Palomanes, Bonachera y Martínez, refuerzan lo mencionado párrafos anteriores que la formación de la identidad personal se da a lo largo de la vida. Ellos se apoyan en la teoría de Erikson (las ocho etapas de la teoría Psicosocial) y señalan, según este autor, que en la adolescencia, este proceso de construcción alcanza su punto más álgido.

Esto es debido a que es el momento donde la persona busca y necesita ubicarse en la sociedad en la que está inmersa. "La principal tarea psicosocial del adolescente se concreta en alcanzar la identidad" (Rice, 1997:329) que le permitirá llegar a ser un adulto único con un papel importante en la vida (Tesouro, Palomanes, Bonachera, & Martínez,

2013, pág. 213).

Aterrizando más en nuestra investigación, cuando hablamos de identidad, tenemos que:

Poniendo como ejemplo al caso de la adopción se puede comenzar el análisis con lo que implica el nombre y apellido de origen para el menor ya que ambos son constitutivos de la identidad. Lo que ocurre cuando se legitima la adopción, es que al menor se le cambia el apellido, borrando por tanto el anterior. Este hecho pensado en un infante que ya es consciente de su denominación puede resultar decisivo, llevándolo a preguntarse sobre quién era antes y quien es ahora, e incluso a generar la sensación de que se le ha robado algo, repercutiendo en la construcción de su identidad (Montano, 2012). Otros factores que van a ser fundamentales para la construcción de la identidad de los menores adoptados, son la elaboración de los duelos y el conocer sobre sus orígenes (Galeano, 2015, pág. 7).

2.2.1.2. Derecho a la Identidad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, establece que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (Art. 6), que consiste en el reconocimiento formal de una persona como tal, por el solo

hecho de existir, con independencia de su voluntad, circunstancias, condición social, etc., correspondiéndole así, en forma directa, los derechos y deberes que la sociedad define para todos sus miembros.

El artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. De esta manera se reconoce que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños tienen los mismos derechos, esté o no casada la madre. Es decir, la Declaración Universal de Derechos Humanos también establece que todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Por lo mismo se puede reconocer la necesidad de crear regulaciones o parámetros jurídicos que permitan ejecutar este mandato, la protección integral del menor ha de incluir no sólo reglas que castiguen los abusos en forma adecuada, sino también debe constituirse de tal forma que no se conviertan en impedimento para lograr su fin; esto es la limitación que otorga el derecho a la intimidad del menor estaría cerrando la puerta a la protección que otorga la sociedad mediante el control paterno de las comunicaciones realizadas por medio de las redes sociales, buscando la prevención del peligro al que son expuestos.

2.2.1.3. La identidad como derecho fundamental.

La Constitución Política establece el derecho a la identidad (art. 2 inc. 1) y la igualdad

(art. 2 inc. 2) para toda persona El inciso 1) del artículo 2 de la Constitución de 1993 se refiere a los derechos fundamentales de la persona humana como la vida, la libertad, la identidad y la integridad psicosomática, los mismos que son interdependientes.

Del párrafo anterior referido al derecho a la identidad se infiere que toda persona tiene el derecho de conocer quiénes son sus padres y antecesores, con todos los privilegios que le puede corresponder y se encuentra facultado, en caso de incertidumbre en el conocimiento de dicha identidad, para acudir al Poder Judicial con el propósito de obtener la dilucidación respectiva". Se aprecia la evidencia de la relación entre el derecho a la identidad y el derecho a conocer a los padres.

Cada persona tiene el derecho a su identidad, es decir que nadie puede desnaturalizar o deformar la identidad, atribuyendo al individuo calidades, atributos, defectos, conductas, rasgos psicológicos o de otro aspecto que no le son propios ni negar su patrimonio ideológico-cultural, sus comportamientos, sus pensamientos o actitudes. En síntesis, se puede decir que la identidad es el bagaje de características y atributos que definen la "verdad personal" en que consiste cada persona. El derecho a la identidad tiene su fundamentación en ser inherente a la dignidad. Esta no la distingue de otros derechos que le son afines como el nombre o el seudónimo, la intimidad de la vida privada, el honor, la reputación y el derecho personal del autor entre otros. La Constitución Política en el artículo 2°, inciso 2 reconoce que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley; y el artículo 103° de la Constitución, establece que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exija la naturaleza de las cosas, pero no por la razón de la diferencia de las

personas.

Es decir, se permite que se den leyes que beneficie a determinado grupo de personas, pero que este grupo se encuentra en una situación de desventaja frente a los demás; razón por la cual, el Estado como promotor de los derechos fundamentales, por medio de leyes especiales, trata de buscar la igualdad jurídica. La Constitución Política en el artículo 4 establece que: La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. 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”

2.2.2. La relación con la dignidad.

La dignidad es un valor, principio y un derecho que forma parte de todos los instrumentos internacionales y nacionales que son creados en base al reconocimiento de los derechos humanos. Puesto que este principio de Dignidad es reconocido como uno de los derechos necesarios para el desarrollo de la persona en el ejercicio de su humanidad.

Siguiendo la postura kantiana, en la que se afirma que *la persona es un fin y no un medio*, haciendo referencia a lo recogido por Dorando J. Michelini en su artículo científico titulado *Dignidad humana en Kant y Habermas* el cual señala que el pensamiento

kantiano hace una clara diferencia entre “valor” y “dignidad” en lo siguiente:

Concibe la “dignidad” como un valor intrínseco de la persona moral, la cual no admite equivalentes. La dignidad no debe ser confundida con ninguna cosa, con ninguna mercancía, dado que no se trata de nada útil ni intercambiable o provechoso (2010, pág. 42).

Ahora puedo decir que con lo citado entendemos el significado de valor dado a la dignidad humana hace que podamos utilizarlo como una justificación de los derechos humanos, toda vez que el ser humano sea entendido como un ser capaz de decidir qué es lo bueno y lo malo, de obrar de acuerdo a sus principios morales.

Dicho de lo anterior sobre la postura de Kant, recogemos que esta se basa en tomar como punto principal y fundamental de la dignidad humana cuando nos habla de una autonomía moral, diciendo que “La autonomía, es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional” (Kant, 2007, pág. 49). De manera que diversos instrumentos internacionales y sobre todo la Declaración de los derechos humanos han tomado a la *persona como un fin en sí misma*, pero esta máxima a simple vista parece perfecta, pero se puede notar que se trata de una postura idealista, ya que en la práctica resulta en cierto caso contradictorio.

La dignidad humana como un valor debe permitir a las personas con como el caso de los menores de edad cumplir un rol en la sociedad, con independencia y utilidad; sin embargo, se debe tener en cuenta que la dignidad humana al ser estudiada desde la filosofía del derecho es dividida en dos perspectivas, así, Gregorio Peces- Barba(2008) refiriéndose a estas de la siguiente manera “(...)una más formal de raíz kantiana y

otro(sic) más de contenidos, de carácter humanista y renacentista” (pág. 162). Con respecto al primer punto, “la dignidad deriva de nuestra decisión de mostrar capacidad de elegir, de nuestra autonomía” (pág. 162); y por la segunda perspectiva “la dignidad consiste en el estudio de los rasgos que nos diferencian de los restantes animales (...)” (pág. 162)., estas dos perspectivas se basan en la forma y el contenido de cada personas, siendo complementarias.

Prosiguiendo con nuestro análisis, Peces-Barba nos habla de la dignidad basada en la idea de autonomía y para ello refiere que hay dos momentos que conforman el concepto que estamos analizando “En uno, autonomía significa capacidad de elección, libertad psicológica, el poder de decidir libremente, pese a los condicionamientos y limitaciones de nuestra condición” (pág. 162). El poder de elegir no garantiza que no existan errores, pero es un riesgo que surge como parte del ser humano digno que tiene opción de elegir su propio camino. En el segundo instante, “autonomía significa libertad o independencia moral, y resultado, del deber ser, la situación de la persona que ha elegido bien(...)” (pág. 162), es decir, la persona debe asumir las consecuencias del ejercicio de su libertad.

Pero es a lo largo del tiempo que varias legislaciones han tomado a la dignidad humana comparándola con la idea de capacidad de hacer algo, de ser útiles para la sociedad, convirtiéndose en una regla que otorga la facultad y a la vez limita la autonomía para decidir, contradicción que desencadena un problema social; tal consecuencia se verifica como el límite de la capacidad jurídica de las personas con capacidad disminuida como el caso de los adolescentes en el ejercicio de sus derechos.

Esta última idea refleja la aplicación de la autonomía con el fundamento de la dignidad incorporada en las legislaciones como la nuestra, descripción que llevada al contexto del concepto de Peces Barba nos permite afirmar que existe ausencia de la justificación del primer momento descrito, dado que se obvia la percepción del riesgo compensado por la esencia de la autonomía, señalada como la opción de elegir el propio camino; tal limitación tiene como efecto la cancelación del segundo momento, puesto que separa la concepción de la libertad moral de la persona de quien se presume a elegido bien, quien ha de asumir las consecuencias de ello.

Finalmente, la reflexión sobre la dignidad en las posibilidades hace un llamado a ver a la dignidad calificada desde las posibilidades del individuo, pero no debiendo confundirse; es decir, por un lado, esta esa capacidad de razonar, decidir y transmitir nuestros pensamientos y otra cosa distinta, es tener la posibilidad de elegir, reflexionar y expresar. De la reflexión sobre las posibilidades se obtiene dos consecuencias: a) siempre está presente en los discursos de los derechos humanos convirtiéndose en un límite hacia el poder político. Y, b) este tipo de consecuencia nos dice que en la vida no está definida la manera como se debe razonar (es discutible), pero se debe tener claro que “(...)no existe una única forma de sentir (al menos existirán tantas como sentidos) y mucho menos una única forma de comunicarse, como tampoco existe un único plan de vida moral” (pág. 69).

La postura plateada por Rafael de Asís y sus tres modelos nos ayudan a analizar de forma específica el tipo de problemática que existe respecto a al ejercicio de la dignidad dentro de la categoría de capacidad moral del individuo; ayudando a argumentar nuestra postura sobre el reconocimiento de las capacidades haciendo un profundo análisis sobre el sujeto moral, en el que deberá justificarse los derechos fundamentales, es decir, justificar las acciones de las personas que se encuentran en desventaja respecto de otras por su forma de accionar para el logro de sus planes de vida.

La discusión respecto a los argumentos que justifican la distinción de los seres humanos para el ejercicio de sus derechos se centra en los parámetros que determinan a los seres capaces, pues en base a estos se debe considerar la diferenciación de aquellos que presentan problemas para poder desempeñar su capacidad jurídica y moral, siendo necesario este razonamiento para lograr determinar la eficacia del derecho a la igualdad.

CAPITULO III

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Tal cual se puede verificar de la formulación del problema de investigación, se tiene como finalidad analizar el nivel de protección que se ha diseñado para garantizar el bienestar del menor, siendo en este campo el conocido principio del interés superior del niño, encontrando vinculación con la investigación dado que la intimidad coincide con los derechos que se ocupan de la protección de la integridad de los niños, la misma que se expande desde su concepción hasta el cumplimiento de la mayoría de edad.

3.1. Definición del principio de Interés Superior del Niño.

Se hace importante entonces ocuparnos de estos derechos, así para llegar a tener una definición de lo que significa el Principio del Interés Superior del Niño, tomamos como referencia el análisis realizado por Valencia (1999) dice que dicho Principio constituye la máxima rectora de la doctrina de la “Protección Integral”, debiendo ser fuente inspiradora de las políticas públicas y de la toma de decisiones por parte de la sociedad en su conjunto en temas inherentes a la infancia, dada su estrecha vinculación con la protección de los derechos humanos resaltados por la Convención. Por lo que cita a Alejandro Cursianovich en la relación con los alcances del citado principio, señala:

(...) para nosotros lo que hace “superior” al interés de la infancia, de cada niño en particular, es que ninguna de las cosas que constituye un bien, un valor, un derecho para la infancia, es privativo de los niños. Todos ellos nos entroncan con los intereses, aspiraciones, necesidades, derechos del conjunto de la humanidad. Esto lejos de quitarle especificidad a los derechos de la infancia, los torna aún más significativos, toda vez que los reconoce como portadores de los intereses de la sociedad, del conjunto de seres humanos.

De allí que toda la negligencia, todo el maltrato, toda mediocridad en el trato, en la relación profesional, en la atención de un niño, deviene en una negligencia, en un maltrato, en una violación de los intereses de este y de todos aquellos a quienes este niño representa, al conjunto de la sociedad (...) (págs. 103- 104).

Lo que conlleva hacer un énfasis en que el propio ser humano tenga la necesidad de privilegiar su calidad de tal desde su concepción; el principio del interés superior del niño implica la garantía de la observancia y satisfacción de todos los derechos generales y específicos que le son reconocidos y que limitan la actuación de las autoridades y los Estados.

Así mismo tenemos en cuenta lo que García (1998) refiere:

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce

al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten. En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados (...) (pág. 60).

Según López-Contreras (2015), considera que el principio de interés superior del niño debe ser entendido como eje fundamental durante todo el desarrollo de un niño o una niña o el adolescente.

Toda vez que este principio forma parte del sistema de protección de los derechos de la niñez, el cual goza de reconocimiento universal desde la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924, hasta la Convención de los Derechos de los niños y niñas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (págs. 53- 54).

A su vez, López-Contreras agrega que este principio establece, puntualmente, que los padres y madres son los principales garantes del interés de sus hijos e hijas. Es decir, ellos

se encuentran bajo el amparo de sus padres, en beneficio de los menores y con respeto a su integridad física y psicológica y a todo aquello que les beneficie.

Con todo ello, se hace necesario observar el interés superior de los niños y niñas no es simplemente una institución benefactora; también es importante añadir el beneficio de los niños, niñas y adolescentes es prioritario, ya que supone un interés supremo a cualquier otro interés en juego (López- Contreras, 2015, pág. 55).

3.2. Elementos fundamentales para alcanzar el contenido del interés superior de los niños y niñas.

De acuerdo con López- Contreras, el autor manifiesta que el interés superior del niño (ISN) tiene como finalidad garantizar el bienestar del menor, con énfasis en la primacía de su interés sobre cualquier otro.

Entre los elementos que este autor recoge, son:

- a) **Expresión y deseos de los niños, niñas y adolescentes**, «la capacidad natural de actuación del menor se determina a través de su grado de desarrollo intelectual y emocional, lo cual le permite decidir libremente lo que en verdad desean hacer y decir» (pág. 59).
- b) **Entorno familiar y social de los niños y niñas**, se refiere al conjunto de circunstancias personales, familiares, sociales, educativas, morales y culturales,

etc., de las que se rodea el niño, niña o adolescente. En este campo se hace referencia al proceso de formación, aprendizaje y afianzamiento de la propia personalidad del menor. Todo niño o niña tiene el pleno derecho de que el desarrollo de su personalidad venga marcado por un conjunto de valores jurídicamente relevantes, por los padres, madre, tutores o encargados deben inculcarles los valores innatos sobre la dignidad, la libertad, la seguridad, el resto y la cordura (págs. 63- 64).

Predictibilidad, consiste en tratar de predecir la situación o condición futura de los niños, niñas y adolescentes, en cada caso concreto, por lo que en toda decisión judicial o administrativa se deberá valorar las condiciones futuras que sopesarán sobre ellos y ellas (pág. 65).

3.3. La capacidad jurídica en los menores de edad.

La capacidad jurídica viene hacer una facultad necesaria para el ejercicio de los derechos de todas personas. La Licenciada Grisel Galiano Maritan (2003), nos señala una definición de capacidad jurídica, definiéndola como “(...)la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones desdoblándose en dos, la capacidad de derecho, goce o adquisición y la capacidad de obrar de hecho o de acción” (pág. 7). El Código Civil también hace esta diferenciación entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio en su artículo 2, 43, 44.

En ese sentido siguiendo lo citado por Galiano podemos señalar que la capacidad jurídica coincide con la personalidad en lo siguiente:

El concepto de capacidad jurídica coincide con el de personalidad desde una perspectiva estrictamente jurídica. Sin embargo, la personalidad es la emanación jurídica de la persona, es un concepto distinto y previo al de capacidad jurídica que es atribuida por el ordenamiento jurídico. La personalidad es presupuesto e implica la capacidad jurídica; toda persona, por el hecho de serlo, tiene capacidad jurídica y la tiene desde el comienzo y hasta el fin de su personalidad (pág. 7).

Según lo indicado debiera entenderse como regla el hecho de que la capacidad existe en forma conjunta con la personalidad y el ejercicio de sus atributos, siendo así se requerirá ubicar la limitación exacta que permita establecer cuando se puede perder o quizá más importante desde cuándo se puede ejercer, así se encontrará el límite del ejercicio de los derechos que le corresponden a un menor de edad.

Se habla entonces de una capacidad para poder decidir, que siempre esta direccionada en forma general para todos los sujetos de derecho, siendo así que Bariffi(2014), refiere una distinción respecto a la presunción del ejercicio de estos derechos en dos campos o aspectos diferenciados, de la siguiente manera:

El concepto de “capacidad jurídica” es un concepto más amplio que lógicamente presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también presupone la capacidad de ejercer dichos derechos, o asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico) (Bariffi, 2014, pág. 313).

3.4. Capacidad de ejercicio de los menores

Ha de entenderse entonces que la capacidad jurídica de los adolescentes no puede ser negada por cuanto deviene de su personalidad, la misma que se compone del ejercicio de muchos derechos. Por lo mismo el menor, cualquiera sea su edad no puede ser caracterizado como un incapaz, ni siquiera en forma relativa, por cuanto significaría negarle su condición de sujeto de derecho.

González Campos (1991) señala que:

El primero de los supuestos de incapacidad que se nos ofrece es el de la minoridad como un estado de la persona en el que existe no una incapacidad general en sentido propio, sino una capacidad restringida, lo que conduce al establecimiento de un sistema de protección del menor (patria potestad, tutela, etc.), pero que a los efectos de la valoración respecto a si existe o no situación de incapacidad derivada de la minoría de edad, deberá estarse al estatuto personal (pág. 258).

Se entiende entonces una suerte de restricción de la capacidad, la pregunta es si esta limitación es general, todos los derechos estarán comprometidos por tal ejercicio restringido, la relatividad de los derechos alcanza ciertos limites en función a las capacidades tal cual lo indica Yungano(1990), cuando señala que:

Todas las personas son capaces de derecho, por el principio lógico de contradicción, no existe persona que sea incapaz de derecho, ni siquiera en forma relativa o limitada. Sin embargo, existen ciertos actos que

determinadas personas no pueden realizar, pero esto no debe entenderse como una incapacidad de derecho relativa (pág. 276).

En cuanto a su capacidad de ejercicio de los derechos, para lograr entender con exactitud se debe partir de su capacidad de obrar, con las limitaciones propias de su edad, atento el grado de desarrollo y madurez de su conciencia, lo cual lo lleva conducirse con cierta capacidad, siendo así que resulta lógico entender que el menor de edad si tiene la capacidad como aptitud para realizar ciertas actividades, pero llega el cuestionamiento de la razón, será apropiado establecer algún límite a la protección respecto al ejercicio de ciertos derechos con la finalidad de garantizar la protección integral del menor; dicho de otro modo, acaso ¿se deben generar restricciones respecto al principio del interés superior del niño?

3.5. La relación existente entre el niño y las redes sociales

3.5.1. Las redes sociales en la era digital

Es importante hacer un acercamiento hacia lo que corresponde a las redes sociales y su influencia en la actividad del ser humano, fenómeno que se ha desarrollado en muy poco tiempo, tal cual se puede verificar de la información obtenida por lo investigadores españoles Acedo Penco y Platero Alcón(2016) en su artículo científico titulado: *La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: Referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno*, donde señalan lo siguiente:

(...) se calcula que internet lo utilizan cotidianamente más de tres mil millones de personas, es decir, más del 40% de la población mundial. Las

redes sociales son una de las herramientas más usadas por este canal de comunicación. Actualmente, son pocos los jóvenes en las sociedades desarrolladas que declaran no utilizar algunas de las más famosas, como Facebook, Instagram o Twitter (pág. 65).

El interés de la observación de este fenómeno se enfoca en la identificación de las circunstancias de peligro que pueden desencadenarse para los menores de edad que acceden a este tipo de sistema, así encontramos la descripción de tales circunstancias en la investigación realizada en España por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) y a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)(2009), en su informe titulado: *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online* donde señalan el siguiente dato:

Los posibles peligros asociados a las redes sociales de contenido profesional están especialmente relacionados con la protección de datos de carácter personal, puesto que los usuarios publican datos personales en la plataforma, que pueden animar la proliferación de los denominados "coleccionistas de contactos" o "social spammers", dedicados a recabar contactos disponibles en las redes sociales, en principio sin otra finalidad que la de figurar como usuarios con más contactos en dicha red social (pág. 63).

Como se puede apreciar de las apreciaciones citadas, se entiende sin lugar a duda la utilidad de las redes en el internet, ahora convertidas en redes sociales; empero se debe

observar también otro de los aspectos importantes como es el hecho de las consecuencias que se derivan de su uso, esto es los riesgos que desentraña la exposición desmedida de los datos en este tipo de medios, la información sin un control adecuado puede generar efectos que dañan, especialmente para el caso de los menores de edad que representan la intención de protección en esta investigación.

Tal riesgo así lo identifica la investigadora Llana(2010) quien en su artículo científico titulado: *Derechos fundamentales e internet*, donde señala lo siguiente:

(...)el ego mueve el mundo y, sin duda, mueve las redes sociales, y en esta expresión continua de nuestro yo dejamos al descubierto su parte más íntima, sin ser conscientes, mientras lo hacemos, de cuánto de nosotros exponemos ni del peso que esa exposición tendrá en el futuro (pág. 57).

El tener conciencia respecto a la información que se comparte en los medios, las redes sociales o todo acceso a internet, supone un razonamiento previo, tal acción mental requiere entonces cierta capacidad de discernimiento, por lo mismo que se pone en duda el hecho de que los menores de edad puedan completar el círculo de la autodeterminación con responsabilidad, puesto que de ello dependerá la selección del material antes indicado a fin de evitar los riesgos, principalmente respecto al uso que otros sujetos le pueden dar.

Tal uso inadecuado con serias consecuencias es evidenciado por Aceto Penco y Platero Alcón(2016)

¿Qué ocurre si alguien decide utilizar esas fotografías para publicirlas con alguna información que puede ser dañina, o si decide utilizar los

comentarios vertidos en redes sociales con el mismo fin? La respuesta puede llegar a ser inquietante ya que el daño producido, o que se pueda generar en un futuro incierto, quizá sea irreversible: esas imágenes, información vertida y datos íntimos que una persona ha querido divulgar a través de estas redes sociales pueden perjudicarlo en el futuro (pág. 67).

3.5.2. La protección normativa

En el derecho convencional

Es importante revisar este tipo de normativa dado que la protección que ofrecen los tratados internacionales respecto al reconocimiento de la privacidad tiene un carácter general, así, se puede ubicar en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al señalar: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

También se puede cotejar en el Pacto de Derecho Civiles y Políticos celebrado dos décadas después el mismo que se firmó en Nueva York, el artículo 17 que en su composición determina: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. (...) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

Siendo la preocupación específica la protección de los menores de edad frente a esta problemática de los medios virtuales, se puede encontrar bajo un carácter específico el

reconocimiento del derecho a la protección de la vida privada en el artículo 16 de Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

En el ámbito de la Unión Europea

En el área comunitaria europea, que la integran 28 países en la actualidad, el derecho a la protección de datos se ha reconocido como un derecho fundamental del individuo en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000, cuyo artículo 8 determina: “toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

Su desarrollo consta en la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Según su artículo 1, su objeto es "la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales".

Reconocimiento a nivel americano

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica⁸ establece en su artículo 11 sobre Protección de la Honra y de la Dignidad:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

En particular, su artículo sobre Derechos del Niño determina que: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de niño requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

Reconocimiento en España

El estudio del caso de España resulta aquí especialmente interesante porque contiene el régimen jurídico sobre la materia en la Unión Europea, y por cuestiones de idioma, resulta más fácil su comparación con los sistemas de América Latina.

El derecho fundamental a la protección de datos se consagra en el artículo 18.4 de la Constitución Española, según el cual, "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

La regulación instrumental del derecho fundamental a la protección de datos se encuentra en el ordenamiento jurídico Español en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de

Protección de Datos (LOPD) y su Reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 19 de enero. En su primer artículo, la Ley establece que el objeto de la ley es "garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar".

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y RESULTADOS

En esta parte de la investigación corresponde plasmar los resultados que se han obtenido del análisis de los aspectos que han estructurado el trabajo de campo, dada la constitución de la investigación una de tipo descriptiva, procedimos al análisis de la realidad que circunda el tema de investigación; siendo que la población se delimitó en del distrito judicial de Lambayeque en donde se recogieron las posturas de los operadores jurídicos en el campo del Derecho de Familia.

En ese sentido se compuso el trabajo de campo conformado por el análisis de la realidad mediante la observación de cifras estadísticas y aportes mediáticos respecto a la problemática observada por la investigación.

Luego, en base a la estimación de la muestra a trabajar conformada por cincuenta (50) individuos, sobre los cuales se aplicó la encuesta que figura en el anexo número N° 01 cuyos resultados se reflejan en cuadros y gráficos descriptivos.

4.1. Análisis de los resultados:

Tal cual lo detallado anteriormente, procederemos a plasmar los resultados, según corresponda al rubro, de la siguiente manera:

4.1.1. Resultados del análisis doctrinario.

Previo a la consideración de los resultados estadísticos se ha considerado hacer las siguientes precisiones, tales como el hecho de que los **menores** son un colectivo especialmente protegido y cuentan con algunas peculiaridades importantes que debemos tener en cuenta para evitar posibles problemas.

Derecho A La Intimidad Personal En Menores.-

Los **menores** son un colectivo especialmente protegido y cuentan con algunas peculiaridades importantes que deberemos tener en cuenta para evitar posibles problemas.

(Alternativa2M, 2018)

*Los menores, también, tienen **derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.** Este derecho comprende también la **inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.** (Tu Abogado Defensor, 2015)*

Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.

El consentimiento de menores e incapaces debe ser dado por ellos mismos, según sus grados de madurez, de acuerdo con la legislación civil, en los demás casos el consentimiento debe ser otorgado por su representante legal de forma escrita, este está obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Hay países como Francia que han endurecido recientemente las **leyes** al respecto, estableciendo fuertes **multas** e incluso **penas de prisión** para los padres que violen la **intimidad** de sus hijos a través de las redes sociales.

(Alternativa2M, 2018)

Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones. Entenderemos por menor toda persona menor de dieciocho años. Pero por tal condición de ser menores de edad necesitan del amparo de sus progenitores para poder ejercer los derechos que les corresponden así como para autorizar cualquier utilización de su imagen.

(Enatic Abogacía, 2015)

En nuestro ordenamiento jurídico, al menor se le reconoce la plena titularidad de derechos y una capacidad progresiva para ejercerlos de forma autónoma e independiente en función de su desarrollo evolutivo, afirmándose que la mejor forma de garantizar desde el punto de vista social y jurídico la protección a la infancia es promoviendo su autonomía personal.

En ocasiones, el derecho de los menores a preservar su intimidad y al secreto de sus comunicaciones puede colisionar con la obligación de los padres, de velar por los hijos, educarlos y procurarles una formación integral por lo que podemos decir que el derecho de los menores viene limitado o condicionado por dos circunstancias, la edad del menor y el interés del menor. (Bolonia Abogados, 2017)

Por lo que respecta a la edad es evidente que no se puede tratar igual a un/a menor de 6 años que a uno/a de 17 años dado que si bien todos tienen los mismos derechos, la

implementación de los mismos vendrá marcada por su grado de madurez que, generalmente, se asocia a su edad.

Con la dificultad que conlleva el hecho que en materia de menores no se puede generalizar sino que cada menor requiere su concreta respuesta, a modo de guía podemos afirmar que, la regla general es que los padres y madres no podemos violar el secreto de las comunicaciones de nuestros/as hijos/as mayores de catorce años, salvo que razonablemente supongamos que un concreto menor esté viviendo situaciones de peligro para su integridad física o moral a través de las redes sociales o comunicaciones o que, por el contrario, un menor esté utilizando las redes sociales o las comunicaciones para la comisión de hechos peligrosos o delictivos, situaciones ambas en las que deben de intervenir los padres y madres y que justificaría la violación del derecho a la intimidad del menor para la salvaguarda de su supremo interés. Si siempre hay que tener conciencia de la excepcionalidad de la situación a la hora de considerar lícita la violación del derecho a la intimidad del menor, a partir de los dieciséis años aún debemos ser más restrictivos.

Ni que decir tiene que la curiosidad y/o el cotilleo de los padres y madres no es fundamento suficiente para revisar el Smartphone o el ordenador de un menor y que contrarios al criterio de respetar la intimidad y el secreto a las comunicaciones de los menores hay muchos autores e incluso, algún juez especializado en menores. (Abogadium, 2018).

4.1.2. Resultado analítico del tratamiento en el Derecho Comparado.

Actualmente existen leyes reguladoras de la protección de datos de carácter personal en, al menos, 46 Estados. Este dato, unido al hecho de que la mayor parte de las normas publicadas son recientes y ya prevén aspectos específicos derivados de la Sociedad de la Información, hacen de la protección de datos de carácter personal uno de los aspectos más y mejor tratados desde el punto de vista legislativo.

A) España:

La proporción de uso de tecnologías de información por la población infantil (de 10 a 15 años) es, en general, muy elevada. Así, el uso de ordenador entre los menores es prácticamente universal (95,6%) mientras que el 87,1% utiliza Internet. La evolución de los resultados según la edad sugiere que el uso de Internet y, sobre todo, del ordenador, es una práctica mayoritaria en edades anteriores a los 10 años. Es por ello que la Constitución Española se pronunció en 1978 de los riesgos que la informática supone para la persona y dispuso que la ley ha de limitarla cuando lesione los derechos de las personas (art, 18.4 de la Constitución Española). Es así que desde ese entonces, existe un nuevo y genuino derecho fundamental a la protección de los datos personales, que, prohíbe la forma abusiva e indiscriminada de utilizar la información personal que concierna a menores de edad. Según la Ley de protección de datos no se puede tratar, recoger, almacenar, borrar o comunicar cualquier información

(dato, imagen, voz) son el consentimiento de aquel a quien estos daros pertenecen (a menos que una ley lo autorice), y menos aun cuando la información se refiere a un menor de edad. (Díaz Ramírez, Huaira Peña, & Ortega Palomino, 2015)

B) Alemania

Frente a la vulnerabilidad de los menores de edad y las nuevas formas de convivencia social a través de redes sociales digitales, el derecho no puede quedarse rezagado. Internet es un espacio lleno de oportunidades, es la puerta al mundo del conocimiento urbi et orbe, y uno de los nuevos roles del Estado consiste en el deber de esclarecer que no se trata de un espacio sin ley. Diversos instrumentos internacionales reconocieron el derecho de toda persona a no ser objeto de injerencias en su vida privada o familiar. Aunado al desarrollo normativo y los avances científicos y tecnológicos, surge en Europa el germen y acuñación del derecho a la protección de datos como se desarrolla en líneas subsiguientes. En 1967 se constituyó en el seno del Consejo de Europa una Comisión Consultiva para estudiar las tecnologías de información y su potencial agresividad hacia los derechos de las personas, especialmente en relación con su derecho a la intimidad. Como fruto de la Comisión Consultiva surgió la Resolución 509 de la Asamblea del Consejo de Europa sobre los “derechos humanos y nuevos logros científicos y técnicos” En un momento posterior, surgen diversas

leyes nacionales alrededor de Europa. De tal forma que en 1977 era aprobada la Ley de Protección de Datos de la República Federal Alemana, mucho más ambiciosa que su predecesora del Land de Hesse. En 1978 corresponde el turno a Francia mediante la publicación de la Ley de Informática, Ficheros y Libertades, aún vigente. Otros países entre los que se emitió regulación en la materia son Dinamarca con las leyes sobre ficheros públicos y privados (1978), Austria con la Ley de Protección de Datos (1978) y Luxemburgo con la Ley sobre la utilización de datos en tratamientos informáticos (1979). Es en esta década cuando desde el Consejo de Europa se dio un respaldo definitivo a la protección de la intimidad frente a la potencial agresividad de las tecnologías, siendo decisivo para ello la promulgación del Convenio Número 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal –en adelante, el Convenio 108. (Díaz Ramírez, Huaira Peña, & Ortega Palomino, 2015)

C) Argentina

La Ley Argentina de Protección de Datos Personales, es probablemente la más cercana al modelo europeo. Argentina es el primer país de América Latina que recibe una certificación de la Unión Europea como “un nivel adecuado de protección”. En este sentido es el único país de América Latina que cuenta con una agencia de protección de datos con alguna similitud a las europeas. En Argentina, se creó la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales - DNPDP como órgano de control para la

efectiva protección de los datos personales. La Ley de Protección de Datos Personales argentina, la número 25.326, dice en su primer artículo: "La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional. (Díaz Ramírez, Huaira Peña, & Ortega Palomino, 2015)

4.1.3. Resultados de la opinión de operadores jurídicos.

En esta sección del análisis, dirigiremos la atención a la opinión recogida de los operadores jurídicos en la ciudad de Chiclayo, la misma que resultó de la aplicación del cuestionario de encuesta que figura como anexo N° 01 de esta investigación.

Los resultados de la opinión de los operadores nos darán la luz del conocimiento que se maneja en la comunidad jurídica respecto al tema materia de investigación, ello constituirá un factor importante al momento de la construcción de la discusión en cuanto lo referido a las conclusiones.

Así tenemos la primera interrogante planteada cuyos resultados se plasman

inicialmente como sigue:

Tabla N° 01:

1. ¿Qué entiende usted por el derecho a la intimidad?:	
a. Una regla que genera distinción entre los seres humanos.	13
b. forma de reclamar la capacidad de ejercicio por mayoría de edad.	2
c. principio del derecho de los menores.	5
d. Derecho que atribuye a su titular un poder de amplia disposición para proteger todo lo que él entiende que concierne a la esencia de su persona y las cualidades que la definen	30
TOTAL	50

Fuente: Elaboración personal como resultado de la aplicación de encuesta a operadores jurídicos.

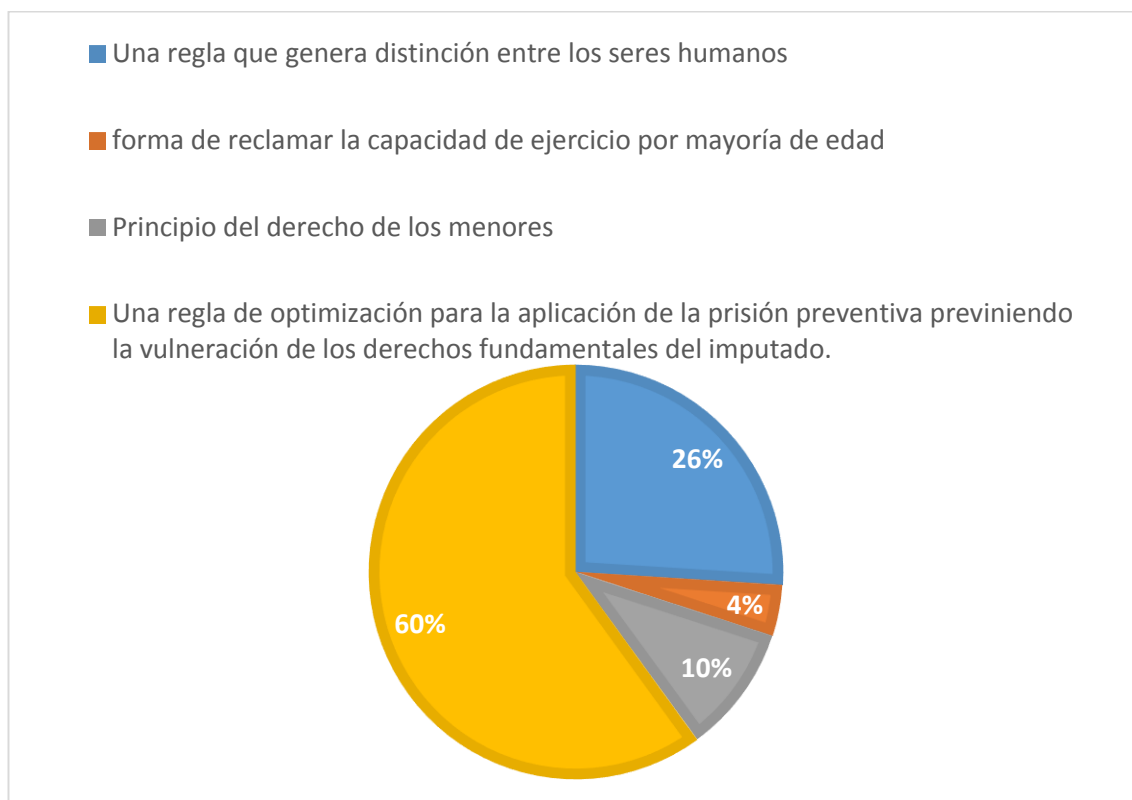


Tabla N° 02:

2.¿se puede decir que los menores de edad tienen acceso absoluto al derecho a la intimidad?	
a. No, porque la capacidad de los menores está limitada en función a su capacidad de discernimiento.	29
b. Sí, pero se requiere también ciertos límites que permitirán la intervención de los padres en tanto a su protección se refiera.	18

c. Sí, no pueden existir límites para su ejercicio.	0
d. No conoce.	3
TOTAL	50

Fuente: Elaboración personal como resultado de la aplicación de encuesta a operadores jurídicos.

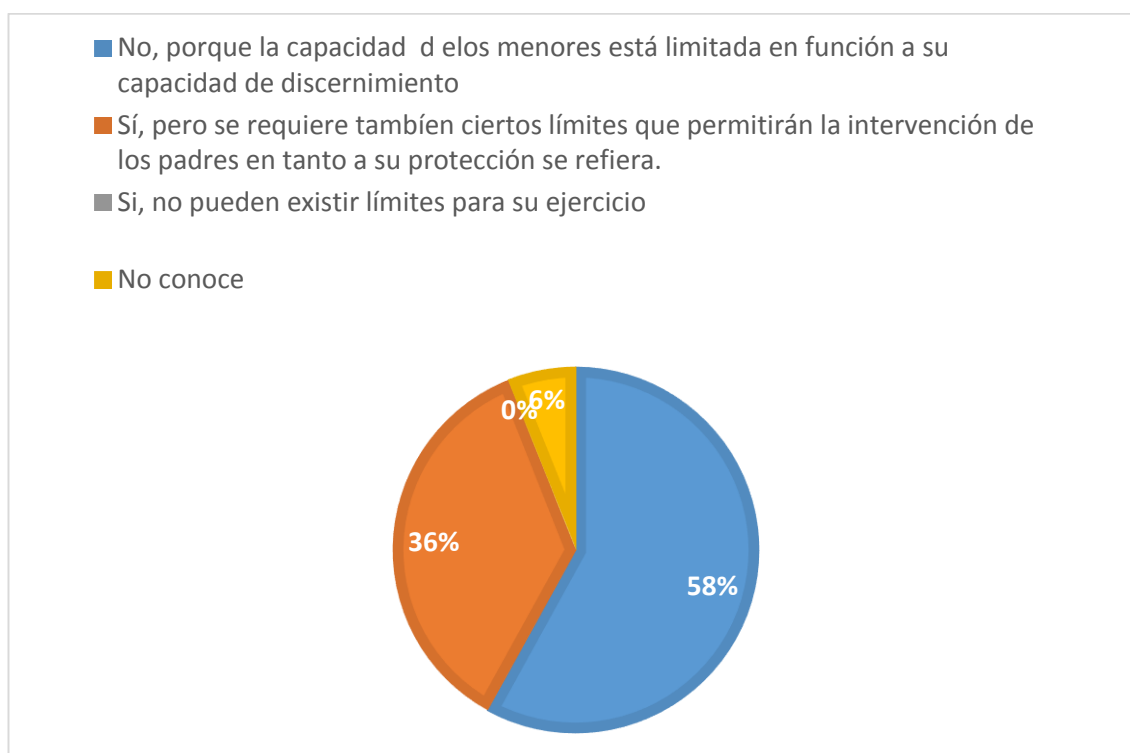


Tabla N° 03:

3. ¿Considera apropiado proponer la regulación en el código de los niños y adolescentes los límites del derecho a la intimidad de los menores?

a. Si.	36
b. No.	8
c. No sabe	6
TOTAL	50

Fuente: Elaboración personal como resultado de la aplicación de encuesta a operadores jurídicos.

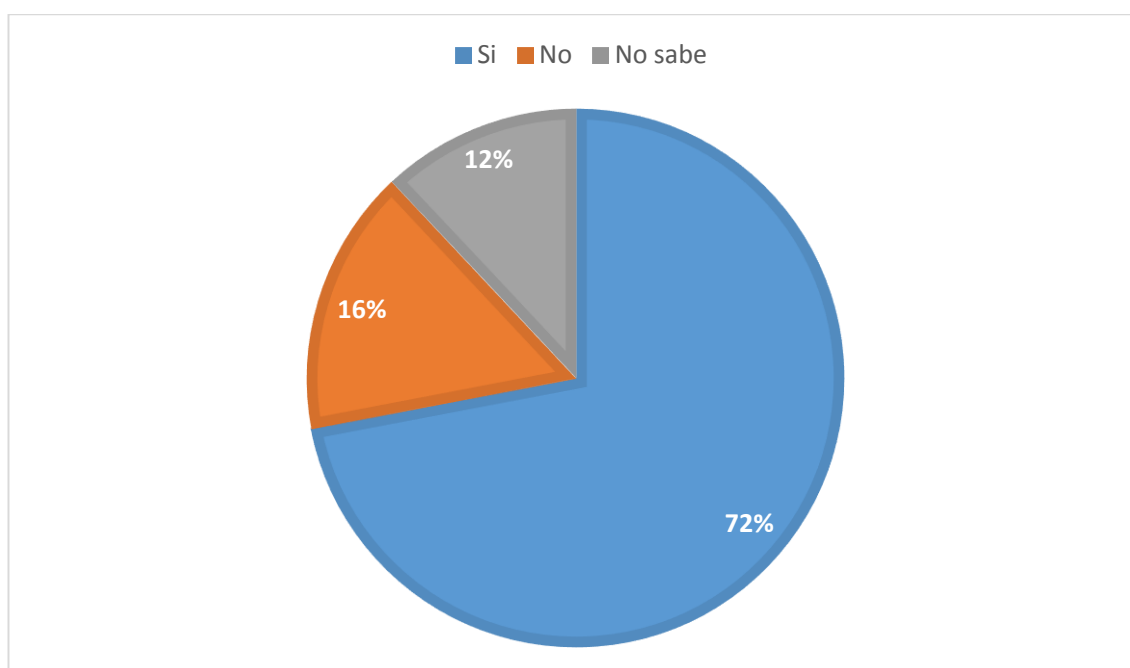


Tabla N° 04:

4. ¿Considera usted que los menores que acceden a las redes sociales corren peligro?	
a. Sí, porque no hay vigilancia de contextos.	8
b. No, porque todo el sistema está conectado y permite control.	0
c. Sí, porque las redes sociales no limitan el acceso a la información y por la presencia de hackers.	33
d. Sí, porque el Estado no ha creado políticas de protección para los menores de edad.	7
e. No.	2

Fuente: Elaboración personal como resultado de la aplicación de encuesta a operadores jurídicos.

■ Sí, porque no hay vigilancia de contextos.

■ No, porque todo el sistema está conectado y permite control.

■ Sí, protege el ejercicio de los derechos que corresponden a la persona por su categoría de tal, estableciendo los límites del abuso del poder del Estado.

■ Sí, provoca el cumplimiento de otros derechos fundamentales dirigidos a proteger la dignidad de la persona.

■ No.

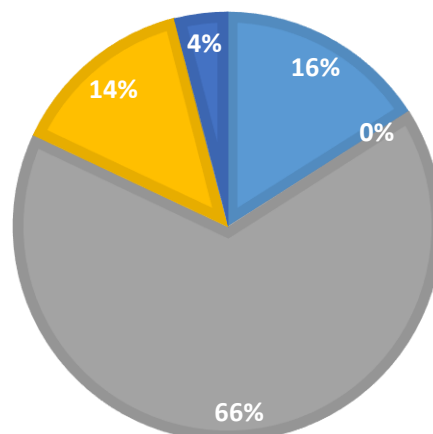


Tabla N° 05:

5. ¿Qué derechos componen el principio de libertad?

a. Presunción de inocencia, libertad de tránsito, autodeterminación.	4
b. Presunción de inocencia, a la identidad, al trabajo.	0
c. Debido proceso, presunción de inocencia.	10
d. El principio de libertad engloba muchos derechos para proteger su ejercicio, por lo mismo, el Derecho Penal Garantista debe incluirlos en su contenido.	36
TOTAL	50

Fuente: Elaboración personal como resultado de la aplicación de encuesta a operadores jurídicos.

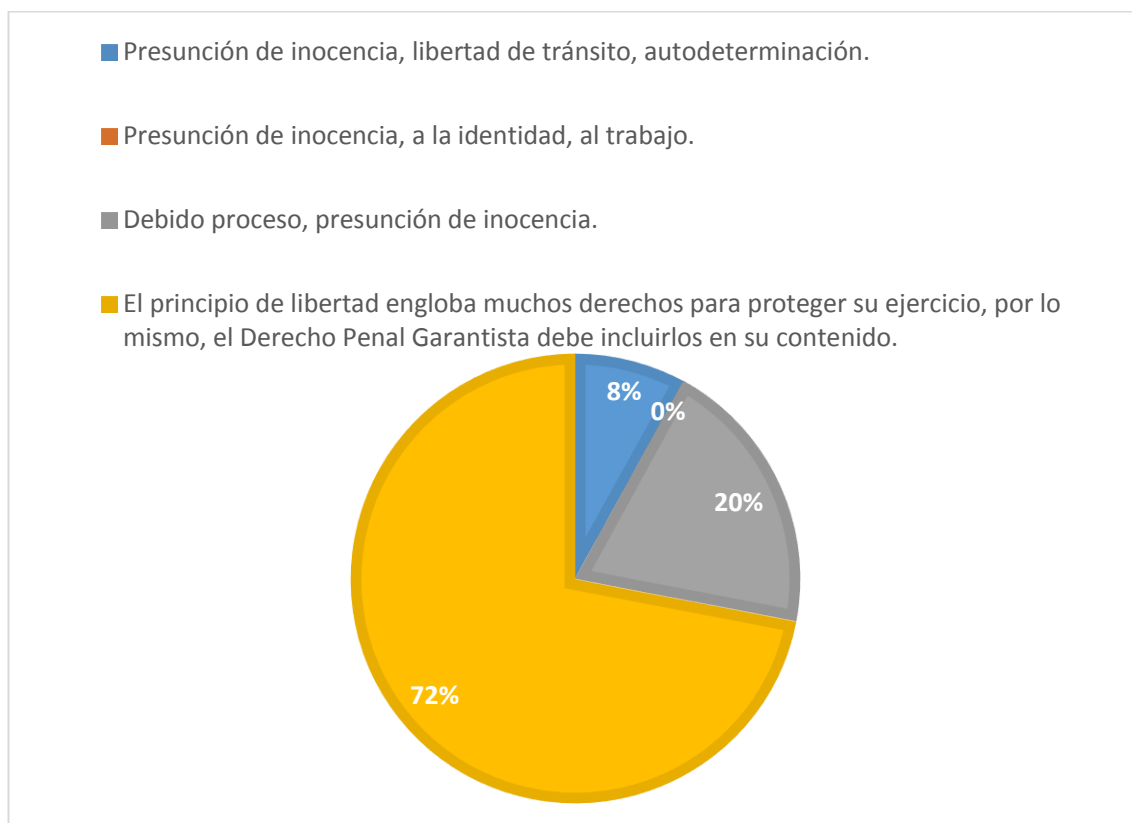


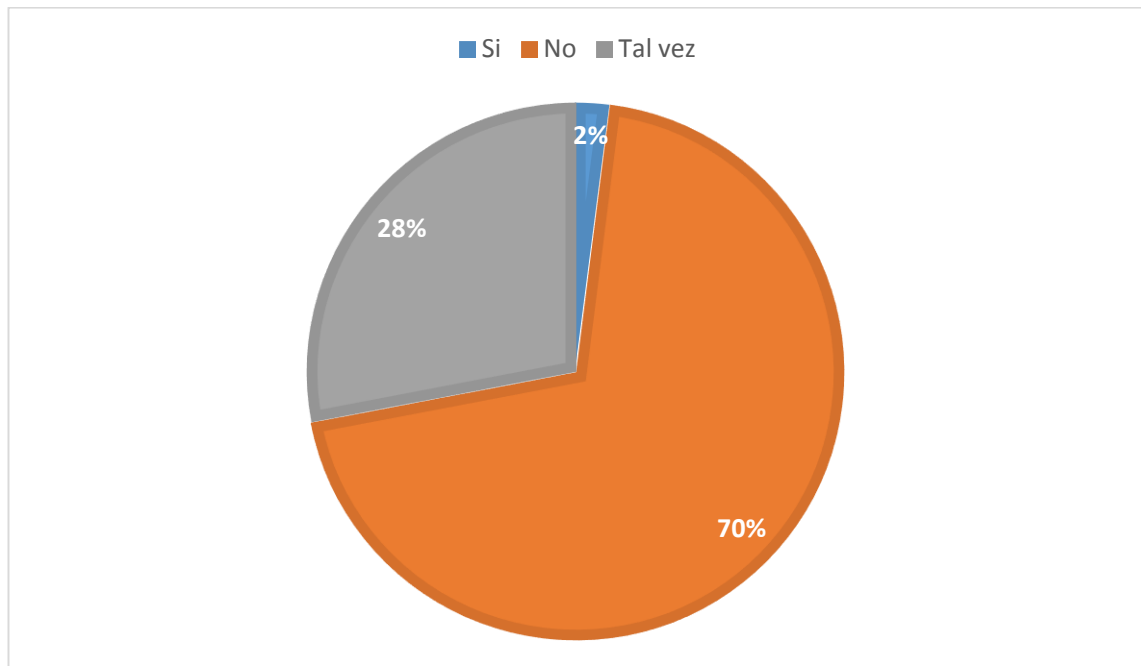
Tabla N° 06:

6. Teniendo en cuenta que nuestro sistema procesal es de corte garantista ¿se está cumpliendo esta característica con las reglas de aplicación de la prisión preventiva en aras del principio de libertad?	
a. Si.	1
b. No.	35
c. Tal vez.	14

TOTAL

50

Fuente: Elaboración personal como resultado de la aplicación de encuesta a operadores jurídicos.



CAPÍTULO V

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

5.1. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

Corresponde a esta sección la discusión de los resultados obtenidos con el sentido que representan las metas trazadas por los objetivos específicos, con el fin de verificar su validez y finalmente conseguir.

5.1.1. Discusión sobre el objetivo: “Desarrollar doctrinariamente el derecho a la intimidad”

¿Cuál es el concepto más adecuado para determinar el derecho a la intimidad?

Según lo desarrollado en la investigación las personas tenemos el derecho a su identidad, es decir que nadie puede desnaturalizarla o deformarla, reconociendo al individuo calidades, atributos, defectos, conductas, rasgos psicológicos o de otro aspecto que no le son propios ni negar su patrimonio ideológico-cultural, sus comportamientos, sus pensamientos o actitudes.

Ello resulta ser una explicación bastante amplia de los efectos del derecho a la intimidad, lo cual se puede resumir indicando que se trata del bagaje de características y atributos que definen la "verdad personal" en que consiste cada persona, siendo la dignidad humana la base jurídica ético moral que la fundamenta.

Es en ese sentido para entender el concepto más adecuado de intimidad se toma la definición base indicada por Carrillo (2003), cuando dice:

El análisis de la naturaleza del derecho a la intimidad se inscribe en el que corresponde o es propio de los derechos de la personalidad, que son aquellos que atribuyen a su titular un poder de amplia disposición para proteger todo lo que él entiende que concierne a la esencia de su persona y las cualidades que la definen (pág. 41).

No cabe duda entonces que existe una estrecha relación con el derecho a la identidad por lo que se hace necesario tomar como referencia a la definición realizada por el jurista Fernández Sessarego(2015) quien afirma que se trata de: “El conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro” (pág. 116)

Ambas concepciones permiten establecer la importancia de esta relación notando como principal característica el hecho de que exista un eje central basado en la dignidad de la persona, de allí la importancia de prestar atención especial cuando se trata específicamente de los adolescentes y el ejercicio que tienen o debieran tener frente a este tipo de derechos, importa saber por ello los límites que realmente debieran existir a fin de garantizar una adecuada protección.

¿Qué protección otorga la Constitución Política sobre el ejercicio del derecho a la intimidad?

Según lo anteriormente indicado es prudente reconocer cuales son los mecanismos de protección que el Estado ha creado para garantizar el bienestar de las personas respecto al ejercicio de su derecho a la intimidad, así se puede indicar que existe un reconocimiento constitucional del mismo.

El ejercicio del derecho a la intimidad está incorporado en un grupo de derechos que intervienen en la protección de la persona y de su composición, así como el nombre o el seudónimo, la intimidad de la vida privada, el honor, la reputación y el derecho personal del autor entre otros. La Constitución Política en el artículo 2º, inciso 2 reconoce que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley; y el artículo 103º de la Constitución, establece que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exija la naturaleza de las cosas, pero no por la razón de la diferencia de las personas.

Se desprende de ello entonces que la persona tiene reconocido este derecho en función a la extensión del derecho a la igualdad ante la ley la misma que crea los límites de intervención sobre su personalidad no sólo del Estado sino también de parte de otras personas, lo cual ha de ser reconocida en forma igualitaria.

¿Cuál es la distinción jurídica que se ubica en el ordenamiento civil para garantizar el ejercicio de los derechos civiles y personales?

Interesa a la investigación reconocer en primer término si los menores de edad, desde el punto de vista jurídico poseen el reconocimiento de sus derechos y como consecuencia la garantía del ejercicio de los mismo; sobre lo cual debiera entenderse como regla el hecho

de que la capacidad existe en forma conjunta con la personalidad y el ejercicio de sus atributos, siendo así se requerirá ubicar la limitación exacta que permita establecer cuando se puede perder o quizá más importante desde cuándo se puede ejercer, así se encontrará el límite del ejercicio de los derechos que le corresponden a un menor de edad.

Tal reconocimiento de los derechos del menor bajo el límite mencionado, se puede ubicar en el mismo Código Civil donde se señala la restricción de ciertos derechos al considerarlos capaces relativos en tanto ostenten una edad menor a la de 18 años que es el momento en que se alcanza la capacidad absoluta respecto al ejercicio de los derechos civiles y desde luego como consecuencia de sus actos la responsabilidad que acarrea.

¿Tendrá algún tipo de injerencia el límite de la capacidad de ejercicio de los derechos sobre el derecho a la intimidad del menor adolescente?

Habiendo observado la limitación que se contempla en el Código Civil respecto a la forma en que son ejercitados los derechos por parte de los menores de edad, interesa apreciar si tal limitación produce algún tipo de injerencia sobre el derecho a la intimidad del menor adolescente, por lo mismo que se debe observar el ordenamiento que se ocupa precisamente de los menores de edad.

Al verificar la legislación que se ocupa de ello, no se llega a percibir el ámbito de protección que favorece a los menores declarando su incapacidad, por la sencilla razón que éstos no están excluidos de los distintos actos o contratos que la vida en la sociedad moderna los involucran. Por lo mismo que se evidencia una contradicción con la realidad sostener tales criterios, por cuanto hoy más que nunca la participación de los menores en

la vida social y familiar se ve ampliada en razón a las libertades que otorgan los medios, como para el caso que hoy se estudia respecto a las redes sociales. Hay rubros de actividad que casualmente están en manos de los menores, y aunque resalte tal situación, en los hechos, parecería que el derecho no las aprehende.

Se puede evidenciar un efecto normativo en primer lugar, así el Código del Niño y Adolescente señala pautas para el direccionamiento proteccionista de los mismos respecto a su intimidad pero no son las suficientes, puesto que orientar la seguridad del menor basada en la injerencia del principio de interés superior del niño no resulta suficiente, dicho sea de paso, según se ha evidenciado en el desarrollo de la investigación, no existe una puntualización exacta de lo que realmente representa, si acaso tiene límites normativos o si hace falta un desarrollo direccionado por ciertos límites.

5.1.2. Discusión sobre el objetivo: “Estudiar el interés superior del niño y los principios que lo componen”.

¿Cómo se puede definir el interés superior del niño?

Es importante tener en cuenta que lo que se busca con las diferentes medidas que se adoptan respecto a los menores, están direccionadas hacia la protección integral del menor de edad, por lo mismo que la regla general busca direccionar el enfoque de las acciones por parte de las instituciones que se ocupan del desarrollo de las políticas públicas, lo cual es entendido por algunos doctrinarios como la limitación al carácter paternalista del

Estado, con el fin de evitar abusos en el ejercicio del poder en tanto se deban tomar decisiones que involucren los derechos de los menores frente al de otros.

Lo que conlleva hacer un énfasis en que el propio ser humano tenga la necesidad de privilegiar su calidad de tal desde su concepción; el principio del interés superior del niño implica la garantía de la observancia y satisfacción de todos los derechos generales y específicos que le son reconocidos y que limitan la actuación de las autoridades y los Estados.

En ese sentido cabe recordar lo señalado en el desarrollo de la tesis por García (1998) refería:

(...)el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados (...) (pág. 60).

En función a la referencia, se debe entender que el desarrollo que sugiere ha de hacerse bajo el parámetro de complejo, una regulación de ese corte no debe llegar al ámbito de lo abstracto, es decir, no bastará con hablar de un principio rector complejo y poco claro o hasta demasiado amplio que a la hora de tomar una decisión, la autoridad jurídica no resulte de eficaz protección para el menor cuyos intereses haya que resguardar.

¿Qué derechos incorpora la garantía de protección del menor en función al interés superior?

A pesar de que la regla no lo indica taxativamente, se presume que los derechos que incorpora la garantía de protección son todos aquellos que corresponden a sus derechos fundamentales, así dentro de ellos se aprecia el derecho a la intimidad que ocupa a esta investigación.

Sobre el ejercicio de este derecho los límites que señala la regla de capacidad y de ejercicio de los derechos en el ordenamiento civil, no son precisamente los más alentadores, en el sentido que la aplicación directa de tal derecho esta direccionado por la protección al derecho a la dignidad del ser humano, por ello no habrá ningún tipo de restricción para su ejercicio.

Situación ausente de limitación ocasionada por el principio de interés superior del niño que provoca un encapsulamiento del menor en ese ámbito de protección, barrera que limitará la acción de quienes tienen a su cargo la protección directa de los intereses que corresponde a los menores, como son los padres de familia, quienes estarán impedidos por la barrera de la dignidad humana traducida en el derecho a la intimidad, para acceder a la información que se comparte en los medios sociales virtuales que ahora se discute como un factor de riesgo para el menor.

5.1.3. Discusión sobre el objetivo: “Analizar la necesidad de acondicionar el ordenamiento legal de protección al adolescente para evitar los riesgos en las redes sociales”.

¿Cuáles son las medidas que genera el Estado para garantizar la protección de los menores ante los riesgos que implica el uso de las redes sociales?

Definitivamente es ausente la regulación normativa respecto a la problemática que se evidencia respecto a los riesgos que corren los menores de edad frente a las redes sociales, sin lugar a dudas se presume que el principio del interés superior del niño ha sido creado con el fin de generar una fortaleza jurídica para evitar el ejercicio abusivo del derecho tanto de los ciudadanos de a pie cuanto del Estado mismo.

Tal protección adolece de un problema frente a la situación advertida en esta investigación, pues precisamente el interés superior del niño no ha sido definido con exactitud, si bien es cierto el Código de los Niños y Adolescentes señala en su Título Preliminar artículo VII la forma en que se percibe la obligatoriedad de cumplir este parámetro, indicando a quien corresponde la obligatoriedad del desarrollo y ejecución, mas no señala una definición exacta.

¿Qué tan garantizada está la seguridad del menor adolescente por parte del Código de los Niños y Adolescentes, respecto del riesgo en las redes sociales?

Se percibe entonces, una situación de ausencia de definición legal respecto al contenido del principio del interés superior del niño en el Código de los Niños y Adolescentes, lo cual desencadena una suerte de ineficacia al momento de su aplicación que garantice la seguridad del menor adolescente.

En primer lugar la ineficacia se advierte por la falta de puntualización de los derechos que incorpora este principio, en ese sentido queda por acudir a la interpretación jurídica extensiva, en virtud de lo cual se presume que la intención es lograr la protección integral de los menores, por lo mismo que se podría entender que lo que protege básicamente este

principio es el respeto de sus derechos fundamentales.

En el grupo de los derechos fundamentales se ubica el derecho a la intimidad, el mismo que según lo desarrollado en la investigación se puede determinar como un límite a la intervención del Estado o de cualquier ciudadano respecto del aspecto a los derechos de la personalidad de cada individuo; es decir se entiende por ellos a los que atribuyen a su titular un poder de amplia disposición para proteger todo lo que él entiende que concierne a la esencia de su persona y las cualidades que la definen.

La protección no sólo de información que puede definir su personalidad sino también a lo que determina su identidad, ello en razón de la estrecha ligazón con este otro derecho, lo cual también se determinó con el desarrollo de la tesis; siendo así, se esta hablando de un límite o barrera que impide la intromisión de cualquiera sobre ese aspecto.

Pues bien la apertura de las redes sociales permite a los adolescentes la inclusión en sus bases de datos información bastante importante y delicada por su contenido, las mismas que pueden ser usadas por otros sujetos en forma inescrupulosa para ejecutar acciones dañosas psicológicas o físicas; esto último es lo que se ha identificado como el riesgo.

Es precisamente ante ese riesgo, que la estructura jurídica de protección de los menores no cumple con su finalidad, quedando la posta en manos de los padres de familia a quienes les correspondería hacer uso de su patria potestad para controlar o dosificar la forma en que se otorga esta información por parte del menor que ingresa a las redes sociales.

El problema surge cuando existe la negativa por parte del menor quien haciendo uso de los derechos que le asisten en función a lo que contempla el principio de interés superior del niño, repele la acción paterna impidiendo la revisión de los medios informáticos o redes sociales en las que sube información.

Se evidencia pues, un límite con efectos perjudiciales que choca contra el ejercicio de la patria potestad superada por el derecho a la intimidad, dejando latente el riesgo que se hubo evidenciado respecto del menor que usa inadecuadamente las redes sociales.

Entonces, no sólo existe ausencia de regulación puntual sobre la protección del menor frente al riesgo de las redes sociales, sino que la aplicación del principio del interés superior del niño ante la carente definición crea una barrera que impide la garantía de protección integral incluso al limitar el ejercicio de la patria potestad de los padres para controlar el uso inadecuado de las redes sociales.

5.2. RESULTADO DE VALIDACIÓN DE VARIABLES

En lo que corresponde a esta variable se deben recoger las ideas que han surgido en mérito a la discusión sobre los objetivos que se enmarcan en cada una de ellas con la finalidad de verificar su validez y poder construir la hipótesis conclusiva la cual será comparada con la hipótesis que inicialmente se proyectó y así obtener como resultado la contrastación de esta, así tenemos el siguiente desarrollo:

5.2.1. Respecto a la Variable independiente: El derecho a la intimidad como parte del interés superior del niño.

Inicialmente debe dejarse clara la función de esta variable, afirmación que ha recibido la nominación de Independiente dada la ubicación dentro de la problemática como la causa que origina el cuestionamiento que señala el problema que generó la investigación, dicho de otro modo, se verificará si existen justificaciones que hagan presumir su validez como causa del problema.

Dada la construcción de esta variable ha de comprenderse que su finalidad es verificar si el derecho a la intimidad forma parte del principio de interés superior del niño, lo cual ha sido determinado en el desarrollo de la investigación en razón de que la finalidad del principio señalado busca una protección integral, lo cual supone la participación en ello de la garantía de sus derechos fundamentales en general. Tal ejercicio no se encuentra limitado por la capacidad relativa que caracteriza a los menores, puesto que se trata de una capacidad de goce respecto a los derechos que le asisten como ser humano; por lo mismo que, la variable en estudio se valida mediante la siguiente afirmación:

El derecho a la intimidad forma parte de la protección del principio de interés superior del niño

5.2.2. Respecto a la Variable dependiente: La protección del adolescente ante los riesgos de las redes sociales.

Al igual que en el trabajo efectuado sobre la variable independiente como la causa del problema, es menester sobre ésta afirmación verificar su validez como efecto principal del problema, es decir, se determinará si existe realmente una afectación

jurídica que respalde la investigación realizada.

Se ha determinado que los menores de edad cuentan con una distinción civil que los cualifica como incapaces relativos, por lo que no puede ejercer ciertos actos en tanto a lo que se refiere al aspecto contractual básicamente; sin embargo se ha podido reconocer que pueden gozar de la garantía que ofrecen los derechos fundamentales que le asisten como ser humano y que se encuentran incorporados en el principio de interés superior del niño, a fin de garantizar su protección integral.

Siendo que, los derechos fundamentales contemplan en su protección al derecho a la intimidad, el mismo que se relaciona muy cercanamente al derecho a la identidad y a otros derechos conexos, origina que el goce de este derecho sea ampliamente protegido y optimizado en función a la dignidad de la persona, limitando cualquier intromisión de otros ciudadanos y del Estado mismo.

Tal limitación ataca la patria potestad en su ejercicio por parte del padre que pretenda intervenir en la participación de los menores en las redes sociales, ello ante la evidencia del peligro que suponen; tal situación genera una controversia entre el principio del interés superior del niño y el ejercicio de la patria potestad, conflicto que genera desprotección del menor ante el riesgo que corre en las redes sociales; por lo mismo que la variable en estudio se valida mediante la siguiente afirmación:

Se evidencia colisión entre el derecho a la intimidad del menor y la patria potestad lo cual limita la protección del adolescente ante los riesgos de las redes sociales.

5.3. CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS

Para alcanzar la contrastación de la hipótesis se procederá a elaborar una hipótesis conclusiva, construida por la unión de las afirmaciones resultantes de la validación de variables, resultado que será confrontado con la hipótesis inicial, operación que a continuación se desarrolla:

Hipótesis conclusiva:

El derecho a la intimidad forma parte de la protección del principio de interés superior del niño, evidenciándose colisión entre el derecho a la intimidad del menor y la patria potestad, lo cual limita la protección del adolescente ante los riesgos de las redes sociales.

CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS	
HIPOTESIS INICIAL	HIPOTESIS CONCLUSIVA
. Si, se logra determinar que el derecho a la intimidad como parte del interés superior del niño, limita el efecto de la protección integral; entonces, será necesario especificar en la legislación civil y del adolescente los límites que permitan protegerlos de riesgos en las redes sociales	. El derecho a la intimidad forma parte de la protección del principio de interés superior del niño, evidenciándose colisión entre el derecho a la intimidad del menor y la patria potestad, lo cual limita la protección del adolescente ante los riesgos de las redes sociales

Del cuadro comparativo se puede apreciar que la hipótesis inicial ha sido contrastada positivamente, pues la hipótesis conclusiva ratifica el planteamiento inicial, dando por sentado que existe una limitación por parte del derecho a la intimidad exigido por el interés superior del niño sobre el ejercicio de la patria potestad impidiendo la protección integral frente al riesgo de las redes sociales.

CONCLUSIONES

PRIMERA

Se puede concluir en función al desarrollo doctrinario respecto al derecho a la intimidad que las personas tenemos el derecho a su identidad, es decir que nadie puede

desnaturalizarla o deformarla, reconociendo al individuo calidades, atributos, defectos, conductas, rasgos psicológicos o de otro aspecto que no le son propios ni negar su patrimonio ideológico-cultural, sus comportamientos, sus pensamientos o actitudes; habiéndose ubicado una estrecha relación con el derecho a la identidad.

SEGUNDA

Se ha podido evidenciar que el ejercicio del derecho a la intimidad está incorporado en un grupo de derechos que intervienen en la protección de la persona y de su composición, así como el nombre o el seudónimo, la intimidad de la vida privada, el honor, la reputación y el derecho personal del autor entre otros. La Constitución Política en el artículo 2°, inciso 2 reconoce que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley; y el artículo 103° de la Constitución, establece que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exija la naturaleza de las cosas, pero no por la razón de la diferencia de las personas; básicamente en función al derecho a la igualdad ante la Ley, lo cual atañe también a los menores de edad.

TERCERA

De la verificación legislativa se aprecia que existe un amplio ámbito de protección que favorece a los menores declarando su incapacidad, por la sencilla razón que éstos no están excluidos de los distintos actos o contratos que la vida en la sociedad moderna los involucran. Sostener ello es una evidente contradicción pues hoy más que nunca la participación de los menores en la vida social y familiar se ve ampliada en razón a las

libertades que otorgan los medios, como para el caso que hoy se estudia respecto a las redes sociales.

CUARTA

Se puede evidenciar un efecto normativo en primer lugar, así el Código del Niño y Adolescente señala pautas para el direccionamiento proteccionista de los mismos respecto a su intimidad pero no son las suficientes, puesto que orientar la seguridad del menor basada en la injerencia del principio de interés superior del niño no resulta suficiente, dicho sea de paso, según se ha evidenciado en el desarrollo de la investigación, no existe una puntualización exacta de lo que realmente representa, si acaso tiene límites normativos o si hace falta un desarrollo direccionado por ciertos límites.

QUINTA

Se puede concluir en razón al estudio del interés superior del niño y los derechos que lo componen que la regla general busca direccionar el enfoque de las acciones por parte de las instituciones que se ocupan del desarrollo de las políticas públicas, lo cual es entendido por algunos doctrinarios como la limitación al carácter paternalista del Estado, con el fin de evitar abusos en el ejercicio del poder en tanto se deban tomar decisiones que involucren los derechos de los menores frente al de otros.

SEXTA

Se ha podido llegar a establecer que aunque la regla no lo indica taxativamente, se presume que los derechos que incorpora la garantía de protección son todos aquellos que

corresponden a sus derechos fundamentales, así dentro de ellos se aprecia el derecho a la intimidad que ocupa a esta investigación, siendo que los límites que señala la regla de capacidad y de ejercicio de los derechos en el ordenamiento civil, no son precisamente los más alentadores, en el sentido que la aplicación directa de tal derecho esta direccionado por la protección al derecho a la dignidad del ser humano, por ello no habrá ningún tipo de restricción para su ejercicio por parte de los menores.

SEPTIMA

Es lógico señalar que el principio de interés superior del niño provoca un encapsulamiento del menor en su ámbito de protección, barrera que limitará la acción de quienes tienen a su cargo la protección directa de los intereses que corresponde a los menores, como son los padres de familia, quienes estarán impedidos por la barrera de la dignidad humana traducida en el derecho a la intimidad, para acceder a la información que se comparte en los medios sociales virtuales que evidencia un factor de riesgo para el menor.

OCTAVA

Se ha podido notar que es ausente la regulación normativa respecto a los riesgos que corren los menores de edad frente a las redes sociales, sin lugar a dudas se presume que el principio del interés superior del niño ha sido creado con el fin de generar una fortaleza jurídica para evitar el ejercicio abusivo del derecho tanto de los ciudadanos de a pie cuanto del Estado mismo; lo cual desencadena una suerte de ineficacia al momento de su aplicación poniendo en riesgo la seguridad del menor adolescente.

RECOMENDACIONES

PRIMERA

Dada la determinación del contenido inexacto del interés superior del niño, se puede sugerir que se implemente el Código del Niño y Adolescente, a fin de que señale pautas

para el direccionamiento proteccionista de los derechos que incorpora, a fin de establecer los límites normativos que implica su ejercicio por tratarse de menores de edad que aun no alcanzado el discernimiento, prestando especial atención al derecho a la intimidad, límite que deberá relacionarse con el riesgo ante las redes sociales.

SEGUNDA

Se recomienda al Estado la creación de las políticas públicas proteccionistas prestando especial atención a los riesgos de las redes sociales, a fin de que el principio del interés superior del niño cumpla con su finalidad de generar una fortaleza jurídica para evitar el ejercicio abusivo del derecho tanto de los ciudadanos de a pie como del Estado mismo.

BIBLIOGRAFÍA

Abogadium. (10 de Enero de 2018). *Abogadium.com*. Obtenido de ¿Es lícito revisar los mensajes de WhatsApp o los correos electrónicos de mi hijo?: <https://abogadium.com/eltintero/articulo/-es-licito-revisar-los-mensajes-de-whatsapp-o-los-correos-electronicos-de-mi-hijo->

- Acedo Penco, A., & Platero Alcón, A. (2016). La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: Referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, V(1), 63-94. Obtenido de <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/42557/47005>
- Alternativa2M. (02 de Abril de 2018). A2M. Obtenido de DERECHO A LA INTIMIDAD Y PRIVACIDAD EN LOS MENORES DE EDAD: <http://alternativa2m.com/derecho-a-la-intimidad-y-privacidad-en-los-menores-de-edad/>
- Asís Roig, R. (2004). La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, derecho y poder. *Universidad Carlos III de Madrid*, 59-74. Recuperado el 15 de 04 de 2018, de http://www.repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/597/CL_AsisRoigRD_IncursionDiscapacidadTeoria_2004.pdf?sequence=1
- Bariffi, F. J. (2014). *El Régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid.
- Bolonia Abogados. (8 de Noviembre de 2017). *Bolonia Abogados*. Obtenido de ¿Es lícito revisar los mensajes de Whatsapp o el email de mi hijo?: <https://boloniaabogados.com/es-licito-revisar-los-mensajes-de-whatsapp-o-el-email-de-mi-hijo/>
- Cárdenas, R. (2015). El derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante reproducción asistida en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana. (I. d. Familia, Ed.) *Persona y Familia*(4), 47- 65. Recuperado el 8 de Noviembre de 2017, de http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA_PERSONA_Y_FAMILIA_2015/47_El%20Derecho%20a%20la%20identidad%20biol%C3%B3gica%20de%20las%20personas%20nacidas%20mediante%20reproducci%C3%B3n%20asistida%20-%20Ronald%20C%C3%A1rdenas%20

- Carrillo, M. (2003). *El derecho a no ser molestado*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A. .
- Correa, R. (1999).
- Díaz Ramírez, B., Huaira Peña, J., & Ortega Palomino, G. (2015). *PROTECCION DE DATOS DE MENORES EN INTERNET*. Lima: Repositorio USMP.
- Enatic Abogacía. (24 de Julio de 2015). *Enatic Abogacía*. Obtenido de La intimidad de los menores: privacy by default: <http://www.enatic.org/la-intimidad-de-los-menores-privacy-by-default/>
- Evan B. Donaldson Adoption Institute. (2009).
- Famá, M. (2012). El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. *Lecciones y Ensayos*, 171- 195. Recuperado el 6 de Noviembre de 2017, de http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0090.pdf#page=171
- Fernández Sessarego, C. (1999). *Derecho a la identidad Personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea. Recuperado el 2 de Diciembre de 2017
- Fernández Sessarego, C. (2015). *Derecho a la identidad personal*. Lima: Institut Pacifico.
- Fernandez, C. (1988). Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano.
- Galeano, D. (2015). *El apego en niños y niñas adoptados*. Universidad de la República. Montevideo: Universidad de la República. Recuperado el 29 de Noviembre de 2017, de <https://www.colibri.udelar.edu.uy/bitstream/123456789/5714/1/Galeano%2C%20Deborah.pdf>
- GALIANO MARITAN, G. (2013). Reflexiones conceptuales sobre las categorías: persona, personalidad, capacidad y sujetos de derecho. *Derecho y Cambio Social*, 3.

- García, E. (1998). *Infancia, ley y democracia en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño (1990- 1998)*. Colombia: Temis- Depalma. Recuperado el 2 de Diciembre de 2017
- Giménez, G. (2016). *Estudios sobre la cultura y las identidades sociales*. Guadalajara. Recuperado el 27 de Noviembre de 2017, de https://books.google.com.pe/books?id=fCZwDQAAQBAJ&pg=PT57&lpg=PT57&dq=identidad+est%C3%A1tica+y+din%C3%A1mica+seg%C3%BAn+autores&source=bl&ots=RxpHteKsM6&sig=cq6H5MoEDslkrd3uWj9VfDX0eDE&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwizhbvogd_XAhUIKWMKHZPWBe0Q6AEIUzAH#v=onepag
- Gonzales Campos, J. (1991). *Derecho internacional privado. Parte General*. Madrid: Tecnos.
- Instituto Nacional de Tecnologías de la Investigación(INTECO). (2009). *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*. España: Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).
- J. Michelini , D. (2010). Dignidad humana en Kant y Habermas. *Estudio de Filosofía e Historia de las Ideas*, 12, 41-49. Recuperado el 10 de 4 de 2018, de <http://www.scielo.org.ar/pdf/efphi/v12n1/v12n1a03.pdf>
- Kant, M. (2007). *Fundamentación d ela Metafísica de las Costumbres* (Attribution-ShareAlike 3.0 – United States. ed.). (M. G. Morente, Trad.) San Juan, Puerto Rico: Pedro M. Rosario Barbosa. Recuperado el 10 de 4 de 2018, de http://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf
- López- Contreras, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51- 70.
- Llaneza, P. (2010). Derechos fundamentales e internet. *Telos. Revista de Pensamiento, Sociedad y Tecnología*(85), 54-57. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3414610>

- Merino Martínez, C. (2005). *El derecho a conocer el propio origen biológico*. Bogotá.
- Moro Da Dalt, L. (2009). *Guía de promoción personal para las mujeres gitanas: perspectiva psico-emocional y desarrollo profesional*. Madrid: A.D.I.
Recuperado el 23 de Noviembre de 2017, de <http://www.gitanos.org/publicaciones/guiapromocionmujeres/pdf/completo.pdf>
- Peces-Barbara Martinez, G. (06 de 08 de 2008). La Dignidad Humana. *Los desafíos de los derechos humanos*, 157-172. Recuperado el 17 de 04 de 2018, de https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/dignidad-humana-41267471?_ga=2.233719966.1068597413.1523999865-2017608344.1523120662
- Porta, A. (Marzo de 2014). La construcción de la identidad en la infancia y su relación con la música. Un acercamiento a través del análisis cualitativo de los MEDIA. *DEDiCA. REVISTA DE EDUCAÇÃO E HUMANIDADES*, 61-76. Recuperado el 23 de Noviembre de 2017
- Rebollo Delgado, L. (2000). *El derecho fundamental a la intimidad*. Madrid: Dykinson.
- Robles Martínez, B. (Enero- Febrero de 2008). La infancia y la niñez en el sentido de identidad. Comentarios en torno a las etapas de la vida de Erikson. *Revista mexicana de Pediatría*, 75(I), 29- 34. Recuperado el 22 de Noviembre de 2017, de <http://www.medigraphic.com/pdfs/pediat/sp-2008/sp081g.pdf>
- Tesouro, M., Palomanes, M. L., Bonachera, F., & Martínez, L. (2013). Estudio sobre el desarrollo de la identidad en la adolescencia. *Tendencias pedagógicas*(21), 211-224. Recuperado el 23 de Noviembre de 2017
- Torreblanca. (2009).
- Tu Abogado Defensor. (Diciembre de 2015). Obtenido de Honor, Intimidad e imagen de menores de edad: <https://www.tuabogadodefensor.com/proteccion-del-honor-intimidad-e-imagen-de-menores-de-edad/>

Valencia, J. (1999). *Derechos humanos del niño en el marco de la doctrina de la protección integral*. Lima: Rada Barnen de Suecia. Recuperado el 3 de Diciembre de 2017

Varsi Rospigliosi, E. (2001). *Derecho Genético*. Lima: Grijley.

Yungano, A. R. (1990). *Derecho civil. Parte General*. Lima: Ediciones Jurídicas.

ANEXOS:

Anexo 1. Encuesta aplicada a los operadores jurídicos.

**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

TESIS

**“EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO FRENTE AL DERECHO A LA
INTIMIDAD Y LA DESPROTECCIÓN DEL ADOLESCENTE EN LAS
REDES SOCIALES”**

CUESTIONARIO DE ENCUESTA

Es grato dirigirnos a vuestra persona, con la intención de saludarlo y a la vez requerir de su valioso tiempo para la absolución de los cuestionamientos que se le presentan a continuación, cuyos resultados se tomaran como un aporte importante para la investigación académica que realizamos.

I. El derecho a la intimidad como parte del interés superior del niño.

1. ¿Qué entiende usted por el derecho a la intimidad?:

- a. Una regla que genera distinción entre los seres humanos.
- b. forma de reclamar la capacidad de ejercicio por mayoría de edad.
- c. principio del derecho de los menores.
- d. Derecho que atribuye a su titular un poder de amplia disposición para proteger todo lo que él entiende que concierne a la esencia de su persona y las cualidades que la definen

2. ¿se puede decir que los menores de edad tienen acceso absoluto al derecho a la intimidad?

a. No, porque la capacidad de los menores está limitada en función a su capacidad de discernimiento.

b. Sí, pero se requiere también ciertos límites que permitirán la intervención de los padres en tanto a su protección se refiera.

3. ¿Considera apropiado proponer la regulación en el código de los niños y adolescentes los límites del derecho a la intimidad de los menores?

a. Si.

b. No.

c. No sabe

II. La protección del adolescente ante los riesgos de las redes sociales.

4. ¿Considera usted que los menores que acceden a las redes sociales corren peligro?

a. Si, porque no hay vigilancia de contextos.

b. No, porque todo el sistema está conectado y permite control.

c. Sí, porque las redes sociales no limitan el acceso a la información y por la presencia de hackers.

d. Sí, porque el Estado no ha creado políticas de protección para los menores de edad.

e. No.

5. ¿Qué derechos componen el principio de libertad?

a. Presunción de inocencia, libertad de tránsito, autodeterminación.

b. Presunción de inocencia, a la identidad, al trabajo.

c. Debido proceso, presunción de inocencia.

d. El principio de libertad engloba muchos derechos para proteger su ejercicio, por lo mismo, el Derecho Penal Garantista debe incluirlos en su contenido.

6. Teniendo en cuenta que nuestro sistema procesal es de corte garantista ¿se está cumpliendo esta característica con las reglas de aplicación de la prisión preventiva en aras del principio de libertad?

a. Si.

b. No.

c. Tal vez.

Anexo 2. Estadísticas de captación de menores.

Los datos que se muestran a continuación se recogen con la intención de mostrar la incidencia de captación de menores como trata de personas, lo cual se colige como una posible consecuencia de la captación a través de las redes informáticas, las cuales si no se controlan adecuadamente podrían desencadenar la vulneración de los derechos de los menores.

Cuadro 01
PERÚ: PRESUNTAS VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS REGISTRADAS EN
EL MINISTERIO PÚBLICO, SEGÚN SEXO Y GRUPOS DE EDAD, 2010-2014
(Número de víctimas)

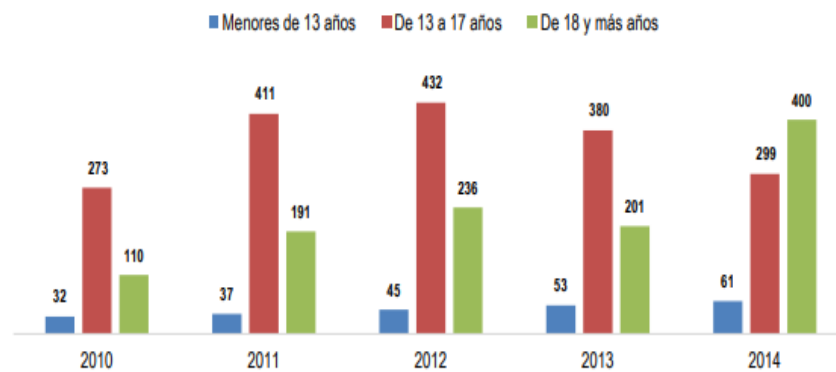
Sexo y grupos de edad	Total	2010	2011	2012	2013	2014
Total	3 603	497	767	754	803	782
Sexo						
Mujeres	2 846	387	614	626	596	623
Hombres	630	76	128	115	161	150
Sin información	127	34	25	13	46	9
Grupos de edad						
Menores de 13 años	228	32	37	45	53	61
De 13 a 17 años	1 795	273	411	432	380	299
De 18 y más años	1 138	110	191	236	201	400
Sin información	442	82	128	41	169	22

Nota: Fecha de corte de la información: 30 de enero 2015.

Fuente: Ministerio Público - Sistema de Información de Apoyo al Trabajo Fiscal (SIAT) y Sistema de Gestión Fiscal (SGF) y Sistema Estratégico sobre Trata de Personas (SISTRA).

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

Gráfico 06
PERÚ: PRESUNTAS VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS REGISTRADAS EN
EL MINISTERIO PÚBLICO, SEGÚN GRUPO DE EDAD, 2010-2014
 (Número de víctimas)



Nota1: Fecha de corte de la información: 30 de enero 2015.

Nota2: Excluye información no especificada

Fuente: Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público - Sistema de Apoyo al Trabajo Fiscal (SIATF), Sistema de Gestión Fiscal (SGF) y Sistema Estratégico sobre Trata de Personas (SISTRA).

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

Cuadro 03
PERÚ: PRESUNTAS VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS REGISTRADAS EN EL MINISTERIO PÚBLICO, SEGÚN TIPO DE EXPLOTACIÓN, 2010-2014
(Número de víctimas)

Tipo de explotación	Total	2010	2011	2012	2013	2014
Total	3 603	497	767	754	803	782
Explotación sexual	1 441	273	348	280	267	273
Explotación laboral	520	78	121	109	151	61
Explotación doméstica	71	18	23	7	20	3
Mendicidad	16	7	1	-	2	6
Fines relacionados a la comisión de delitos	4	-	2	-	2	-
Venta de niños(as)	2	-	-	-	1	1
No se ha determinado el tipo de explotación	135	-	-	66	-	69
No se produjo la explotación 1/	230	-	67	41	93	29
En investigación	1 184	121	205	251	267	340

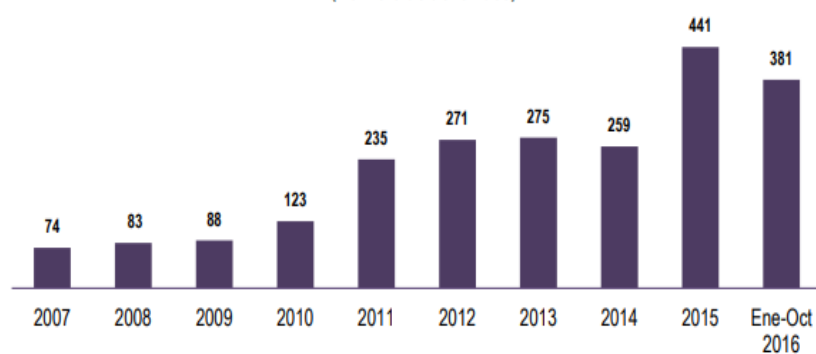
Nota: Fecha de corte de la información: 30 de enero 2015.

1/ Cuando no se produjo el traslado, fueron intervenidas(os) o denunciaron los hechos antes o durante el traslado.

Fuente: Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público - Sistema de Apoyo al Trabajo Fiscal (SIATF), Sistema de Gestión Fiscal (SGF) y Sistema Estratégico sobre Trata de Personas (SISTRA).

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

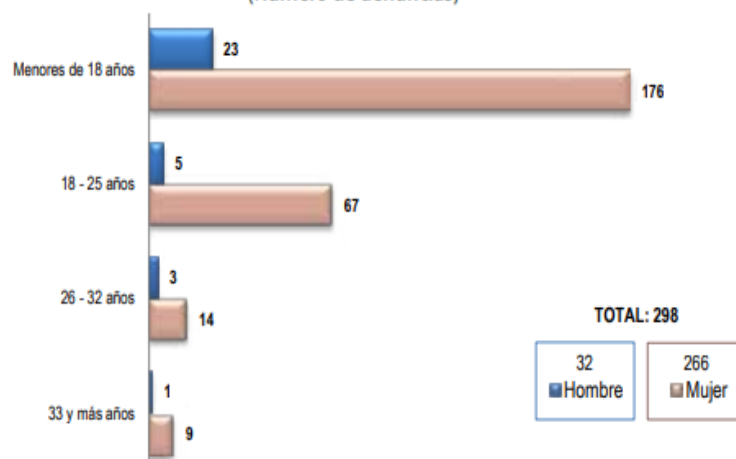
Gráfico 11
PERÚ: DENUNCIAS DE TRATA DE PERSONAS REGISTRADAS MEDIANTE EL SISTEMA DE REGISTRO Y ESTADÍSTICA DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS - RETA, 2007-2015 y Ene-Oct 2016
(Número de denuncias)



Fuente: Ministerio del Interior - Sistema de Registro y Estadística del Delito de Trata de Personas - RETA.

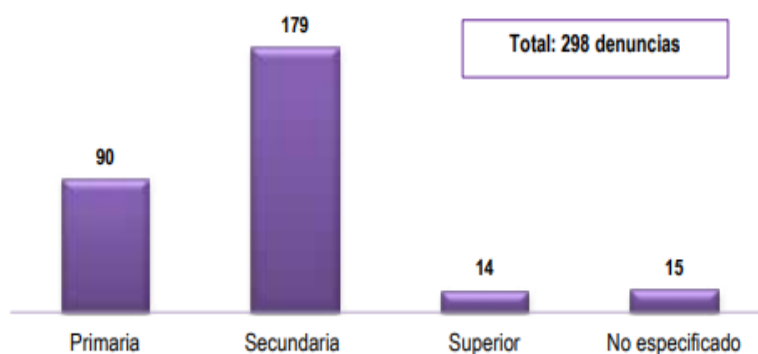
Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

Gráfico 18
PERÚ: DENUNCIAS DE TRATA DE PERSONAS REGISTRADAS POR LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ,
POR SEXO Y GRUPO DE EDAD DE LAS PRESUNTAS VÍCTIMAS, Ene-Oct. 2016
 (Número de denuncias)



Fuente: Ministerio del Interior - Dirección de Derechos Fundamentales para la Gobernabilidad.
Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

Gráfico 19
PERÚ: DENUNCIAS DE TRATA DE PERSONAS REGISTRADAS POR LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ,
POR NIVEL EDUCATIVO DE LAS PRESUNTAS VÍCTIMAS, Ene-Oct 2016
 (Número de denuncias)



Fuente: Ministerio del Interior - Dirección de Derechos Fundamentales para la Gobernabilidad.
Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática.