



**UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN**



TÍTULO:

**“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL DERECHO A
LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL A TRAVÉS DE LA
PRUEBA DE ADN”**

TESIS

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

BACHILLER:

KAREN MELISSA MANOSALVA AMAYA

ASESOR:

Mg. LITO BECERRA ANGULO

CHICLAYO – PERÚ- 2019

Tesis presentada por la Bachiller Srta.: KAREN MELISSA MANOSALVA AMAYA, titulada “**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL DERECHO A LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL A TRAVÉS DE LA PRUEBA DE ADN**” a la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el **TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**.

Aprobado por:

KAREN MELISSA MANOSALVA AMAYA
Autor:

Mg. LITO BECERRA ANGULO
Asesor

Aprobado por:

Mg. Javier Díaz Díaz
Presidente

Dr. Teófilo Ramón Rojas Quispe
Secretario

Mg. Eleo Mitridates Grillo Paico
Vocal

DEDICATORIA

La presente Tesis, va dedica a Dios por sobre todas las cosas, por sus bendiciones que día a día me brinda.

A Mis padres por su apoyo constante, y ejemplo a seguir.

A mis hijos PRISCILA y HUGO, quienes me dan la fuerza necesaria y motivan la lucha constante y las ganas de superarme profesionalmente.

A mi familia en general, a todos muchas gracias porque de una u otra forma están en mi corazón.

AGRADECIMIENTO

A mi familia por haberme dado la oportunidad de formarme académicamente.

A ésta prestigiosa universidad Particular de Chiclayo, Facultad de Derecho, por contar con catedráticos de mucho prestigio que ayudan a la formación estudiantil, compartiendo sus experiencias profesionales con sus alumnos.

INDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
INDICE.....	v
INTRODUCCIÓN	x

CAPITULO I

MARCO METODOLOGICO

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	12
1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	14
1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	15
1.4.- JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO	16
1.5.- OBJETIVOS	16
1.5.1.- Objetivo General.	16
1.5.2.- Objetivos Específicos.....	16
1.6.- HIPOTESIS	16
1.7.- VARIABLES	17
1.7.1.- Variables Independientes.....	17
1.7.2.- Variables Dependientes	17
1.8.- METODOLÓGICO.....	17
1.8.1.- TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN	17
1.8.2.- POBLACIÓN Y MUESTRA	17
1.8.3.- MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN.....	17
1.8.4.- METODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCION DE INFORMACIÓN.	18

1.8.5.- ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE DATOS	18
---	----

CAPITULO II

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

2.1.- LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	19
2.2.- EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO,	19
2.3.- EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES	22
2.4.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA COMO FUENTE DE CREACIÓN JUDICIAL.....	26
2.5.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA EN LA JURISPRUDENCIA	27
2.6.- EL DERECHO DEL NIÑO/NIÑA A CONOCER A SUS PADRES Y A SER CUIDADO POR ELLOS.....	32
2.7.-LAS DEBILIDADES Y FORTALEZAS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA.....	34
2.8.- SIGNIFICADO QUE PUEDE ATRIBUIRSE AL CALIFICATIVO “SUPERIOR”.	35
2.8.- LA DEFENSA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA	35

CAPITULO III

LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

3.1.- CONCEPTUALIZACIÓN.....	37
3.2.- LA FILIACIÓN COMO HECHO NATURAL Y COMO HECHO JURÍDICO:	38
3.2.1.- LA FILIACIÓN COMO HECHO NATURAL.....	38
3.2.2.- LA FILIACIÓN COMO HECHO JURÍDICO.....	39
3.3.- CLASES DE FILIACIÓN:	39
3.3.1.- Filiación Matrimonial:	39
3.3.2.- Filiación Extramatrimonial o Ilegítima:	40

3.3.3.- Filiación Adoptiva:	40
3.4.- FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL A TRAVÉS DE LA PRUEBA GENÉTICA DE ADN.....	41
3.5.- MÉTODO PARA PROBAR LA FILIACIÓN.	41
3.6.- NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y GENÉTICAS DE LA FILIACIÓN:	42
3.6.1.- Teoría del Fin Supremo Justicia.....	42
3.6.2.- Teoría de los Derechos de la Persona	43
3.7.- NEGATIVA JUSTIFICADA:	46
3.8.- NEGATIVA INJUSTIFICADA:	47
3.9.- EFECTOS DE LA NEGATIVA:	47
3.10.- VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y GENÉTICAS DE LA FILIACIÓN.	48
3.11.- EFECTOS JURÍDICOS DE LA FILIACIÓN	49

CAPITULO IV

EL PROCESO DE FILIACION DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL REGULADO POR LA NORMA LEGAL PERUANA

4.1.- CODIGO CIVIL	51
4.1.1.- EVOLUCION LEGISLATIVA DEL ART. 402° DEL CODIGO CIVIL.-	51
4.2.- LEY N° 28457.....	54
4.3.- DEL DEBIDO PROCESO	54
4.4.- LAS NUEVAS TECNOLOGIAS Y SU IMPLICANCIA EN EL DERECHO	55
4.4.1. El ADN como prueba irrefutable	55
4.4.2. De la actuación de medios probatorios	57
4.4.3. De la ponderación de Derechos Fundamentales.....	58

CAPITULO V

ANALISIS SOBRE EL PROCESO DE FILIACION DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL REGULADO POR LA LEY N° 28457

5.1.- CARACTERISTICAS DEL PROCESO.	60
5.2.- ES UN PROCESO ESPECIAL.	60
5.2.1.- De los Lineamientos del Proceso:	60
5.3.- LA DEMANDA SE DEBE BASAR EN EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 402º, INCISO 6) DEL CODIGO CIVIL.	62
5.4.- LEGITIMIDAD ACTIVA Y PASIVA.....	63
5.5.- DEL JUEZ COMPETENTE.....	64
5.6.- NATURALEZA DE LA RESOLUCION QUE ADMITE LA DEMANDA. .	65
5.7.- DEL DERECHO DE DEFENSA DEL DEMANDADO.	65
5.8.- EXCEPCIONES	66
5.9.- LA REALIZACION DE LA PRUEBA DEL ADN, SI BIEN ES NECESARIA, NO ES INELUDIBLE PARA EL RESULTADO DEL PROCESO.	66
5.9.1.- De la Oposición.....	66
5.9.2.- La no Oposición	67
5.10.- DEL TRÁMITE DE LA PRUEBA DEL ADN.....	68
5.10.1.- Costo de la prueba.....	68
5.10.2.- Inversión de la carga de la prueba	69
5.11.- DEL RESULTADO DEL PROCESO.	70
5.11.1.- DE LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS.....	70
5.12.- DE LAS CRITICAS AL PROCESO REGULADO POR LA LEY N° 28457.	71
5.13.- LA PRETENSIÓN DE FILIACIÓN PREVISTA EN LA LEY 28457 NO SE SUSTENTA EN EL RESULTADO DE LA PRUEBA DE ADN.....	71
5.14.- ASPECTOS PROCEDIMENTALES RESPECTO A LA FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL.	72

5.14.1.- Declaración judicial sobre el fondo sustentada solo en actos procesales.	74
--	----

CAPITULO VI

ANALISIS DE LA LEY 30628

1.- INTRODUCCIÓN	76
2.- COMENTARIO	78
CONCLUSIÓN	81
RECOMENDACIONES	82
BIBLIOGRAFÍA	84
ANEXO	86

INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos son las prerrogativas inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona, por su sola condición de tal, de las que no puede ser privado por la acción del Estado ni de otros particulares, porque ello implicaría un desmedro o menoscabo a su dignidad. Sin embargo, los derechos humanos no son absolutos; están sujetos a límites.

No sólo que el ejercicio aislado de cada uno de ellos tiene unos límites claros, sino que, como sucede siempre, suelen entrar habitualmente en conflicto. El ejercicio de uno implica la lesión de un derecho de otra persona. ¿Cómo dilucidar cuál de los dos es un ejercicio realmente válido? Para resolver este problema se ha acuñado el principio de razonabilidad como un criterio que orienta la labor del intérprete.

Según este criterio, el conflicto entraría en una vía de solución cuando sea posible justificar razonablemente la preferencia de uno de los bienes jurídicos en disputa, una vez que se han ponderado las circunstancias concurrentes de cada caso. Un caso en el que se advierte un evidente conflicto de derechos con pretensiones distintas es el referido a los procesos de filiación.

En la investigación de la filiación coexisten dos intereses forzosamente contrapuestos: el interés del hijo, dirigido a conocer su verdadera filiación, su origen, en definitiva; y, el interés del presunto progenitor, casi siempre opuesto a ello, pues de haber sido favorable habría accedido al reconocimiento. La investigación de la filiación tiene como fin el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y con ello, la superación del formalismo que históricamente ha rodeado esta cuestión. La idea clásica reside en la bondad intrínseca de la legitimación, por cualquier medio, dadas las enormes discriminaciones legales y sociales existentes contra los hijos habidos fuera del matrimonio.

Una vez que el sistema responde a la unidad de todas las filiaciones, por efecto del principio de igualdad, y que se decanta a favor de técnicas más avanzadas en la investigación de filiación, el interés del hijo parece localizarse en el establecimiento de la verdad biológica, aun cuando el éxito de una acción en este sentido pueda modificar en profundidad una realidad sociológica anterior.

Del establecimiento de la verdad biológica se deriva la relación de filiación y el contenido inherente a la misma. Siendo así, la investigación de la filiación se presenta como una cuestión prioritaria del hijo en aras del interés en conocer a sus padres.

CAPITULO I.

MARCO DE INVESTIGACIÓN.

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA

Desde el momento de su nacimiento, toda persona tiene derecho a obtener una identidad. La identidad incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad. Es la prueba de la existencia de una persona como parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo; es lo que la caracteriza y la diferencia de las demás.

Todos los niños tienen derecho a poseer una identidad oficial, es decir, a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad y a conocer la identidad de sus progenitores.

El tema de la identidad quizás tenga un interés menor en los países desarrollados, pero en el nuestro es un problema de Estado. Ya que en el Perú aún se evidencia un significativo número de peruanos y peruanas indocumentados y sin un registro legal de sus nombres, lo que afecta especialmente a niños y adolescentes que habitan en zonas rurales y urbano – marginales. Y la falta de identificación y reconocimiento jurídico de estos grupos humanos los expone a una vida con derechos ilimitados, donde la postergación económica, la marginación jurídica y la exclusión social resultan ser las peores amenazas para su desarrollo.

En el país, en el año 2016 se registraron más de 8 millones de **madres** y el 65.6% de ellas trabajan (5.2 millones), mientras que el 32.2% son amas de casa y el 2.2% busca trabajo, informó este viernes el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).

De acuerdo con la rama de actividad en la que se desempeñan el 66.3% de la madres que trabajan lo hacen en las actividades de Servicios y Comercio, 22.8% Agricultura/Pesca y Minería, 8.7% Manufactura, 1.7% Transportes y Comunicaciones y 0.7% en Construcción.

Al año 2017 en el Perú las madres (de 12 y más años de edad) totalizan 8 millones 612,000 y representan el 68.8% de mujeres en nuestro país. Cabe destacar que en el último año 577,000 mujeres de 15 a 49 años de edad fueron madres por primera vez.

Por grupos de edad, el 48.2% de las madres tienen entre 30 y 49 años, 18% son adultas mayores (60 y más años de edad), 17.6% de 50 a 59 años, 14.8% tienen entre 20 y 29 años y las madres de 15 a 19 años representan el 1.4%.

Mayoría menores de 20 años en Loreto

Según departamentos y grupos de edad se observa que en nuestro país la mayoría de madres menores de 20 años se encuentran en los departamentos de la selva. Es así que el 3.2% está en Loreto y 3% en Amazonas y Ucayali.

Las referencias del año 2018, nos indican que en el Perú existen 6 millones 922 mil 109 niñas y niños de 0 a 11 años de edad, los cuales representan el 22,0% de la población total del país, según informó el jefe del INEI, de acuerdo con estimaciones de población realizadas al 30 de junio último.¹

Se detalla que del total, el 50,8% son niños y el 49,2% son niñas. Además, que en el área urbana, el 72,7% de la población son niños y niñas; mientras que en la rural, el 27,3%.

Otro dato proporcionado es que nueve de cada 10 niños/as menores de 12 años, es decir el 97,9%, tienen Documento Nacional de Identidad (DNI). En el área, el 98,3% de niños (as) tiene DNI y en el área rural, el 96,7%. El 91,9% de los niños/as habla castellano, y el 0,6% otra lengua.²

En línea con el estudio anterior (INEI y UNICEF, 2008), los departamentos que muestran una alta incidencia de niños y niñas de 0 a 5 años indocumentados son

¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA. INEI. PERÚ: INDICADORES BÁSICOS, 2012 – 2018

² <https://elcomercio.pe/peru/hay-7-millones-ninas-ninos-pais-inei-noticia-451818>

Loreto y Ucayali, donde uno de cada cinco niños (21%) no cuenta con partida de nacimiento. Los factores asociados a esta situación son económicos, por los costos directos e indirectos de la inscripción; institucionales, dada la escasez de centros de registro cercanos; y socio-culturales, por las posibles diferencias culturales entre los registradores y los usuarios del servicio (Cuenca y Reuben, 2009).

Nuestro ordenamiento constitucional consagra, en el artículo 44° de la Constitución Política, como deber primordial del Estado, no sólo la defensa de la soberanía para proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, sino también la obligación de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos de la población, a fin de promover el bienestar general.

De esta responsabilidad de amparo estatal, destaca -como derecho básico para el ejercicio de los otros derechos- el derecho al nombre y a la identidad.

En este sentido, la identidad constituye un elemento que caracteriza y distingue a una persona en relación a las demás, resulta siendo un derecho fundamental y un requisito sobre el cual se asienta toda sociedad que se asume moderna. Es por ello que en nuestro país es considerada como un tema de interés nacional, ya que afecta, principalmente, a las personas en situación de vulnerabilidad, tornándolos en sujetos invisibles para la administración estatal, limitando el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Actualmente existe en el Perú un número muy elevado de niños y adolescentes que no han sido inscritos en el Registro Civil de Nacimientos, encontrándose los mismos jurídicamente inexistentes.

La ausencia de respuestas contundentes al problema y el incremento del índice de natalidad, hacen presumir que la población actual de niños y adolescentes sin inscripción en los Registros Civiles, podría calcularse en más de medio millón de niños, a quienes se les ha venido violentando su derecho a la identidad legal. Según cifras obtenidas de Unicef, un 90% de ese número tienen padres peruanos que se encuentran en la misma situación. De allí que la población de niños y niñas y adolescentes indocumentados está expuesta a un submundo de

ilegalidad e impedida de participar en el proceso de producción y desarrollo del país.

El índice de la población de niños y adolescentes indocumentados ha aumentado en la actualidad debido al incremento de la natalidad y a la descomposición social que ha sufrido la familia, destacándose la pérdida de los valores fundamentales, así como el crecimiento de las uniones extramatrimoniales, la carencia de cultura y educación en los estratos más bajos de la población, la falta de políticas eficaces y eficientes por parte del Estado, lo que ha generado como consecuencia la violación reiterada del derecho a la identidad, la cual excluye los más elementales derechos y deberes como ciudadanos.

El Código de los niños y adolescentes, en el artículo 6° determina la obligatoriedad que tiene el Estado de identificar a los recién nacidos inmediatamente después de su nacimiento, a establecer el vínculo filial con la madre, a tener un nombre propio, el apellido de los padres, una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer la identidad de sus padres y ser cuidados por ellos, garantizando además, el derecho a investigar la maternidad y la paternidad, contextos éstos que lo vemos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Convención Americana sobre derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Constitución del Perú, etc.

No obstante que el derecho a la identidad se encuentra regulado en el marco legal antes citado, ésta realidad problemática se mantiene y se proyecta el incremento de las cifras de niños indocumentados.

1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿En qué medida el Estado Peruano garantiza el cumplimiento del derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales, y a que estos sean registrados de manera inmediata a su nacimiento?

1.4.- JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

La presente investigación procura analizar, cómo el ordenamiento jurídico peruano da respuesta a la problemática de la identidad de niños y adolescentes; entendida ésta como la situación que se presenta cuando es violado el derecho a la identidad desde el nacimiento, tomando para ello como base la Constitución Política del Perú, el Código Civil y el Código de los niños y adolescentes.

La investigación beneficia a la sociedad peruana a los 200 mil niños y adolescentes que en la actualidad permanecen indocumentados coadyuvando a evitar su exclusión.

1.5.- OBJETIVOS

1.5.1.- Objetivo General.

Analizar si el ordenamiento jurídico peruano garantiza el cumplimiento del derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales; y, a que éstos sean legitimados de manera inmediata con su documento.

1.5.2.- Objetivos Específicos.

Analizar los alcances y los límites del derecho fundamental a la identidad personal y al nombre en nuestro ordenamiento jurídico, para garantizar la protección y seguridad a la identidad y nombre de los niños.

1.6.- HIPOTESIS

El ordenamiento jurídico peruano no garantiza el cumplimiento del derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales ya que no coacciona a los padres a que éstos sean registrados de manera inmediata a su nacimiento.

1.7.- VARIABLES

1.7.1.- Variables Independientes

Situación de vulnerabilidad de los hijos extramatrimoniales indocumentados.

1.7.2.- Variables Dependientes

- El Derecho Humano a la identidad y al nombre.
- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

1.8.- METODOLÓGICO.

1.8.1.- TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

Se trata de una investigación jurídica mixta: dogmática- empírica, y descriptiva con hipótesis.

1.8.2.- POBLACIÓN Y MUESTRA

- **POBLACIÓN**

La población estará referida a 20 decisiones judiciales expedidas por los Juzgados de Familia de la Provincia de Chiclayo sobre filiación judicial de niños y adolescentes durante los años 2016 y 2017.

- **MUESTRA**

Estará constituida por 20 fallos sobre declaración judicial de filiación expedidos por los Juzgados de Familia en la provincia de Chiclayo durante los años 2014 y 2015.

1.8.3.- MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN

- **Documental.-** Atendiendo a que el desarrollo del proyecto tiene su soporte en el estudio de los Actuados de la RENIEC sobre el tema.

- **Bibliográfico.-** Toda vez que, la lectura de los documentos, legajos, expedientes y obras especializada del tema, conllevará a la elaboración de fichas bibliográficas, textuales y de resumen.
- **Presentación de Datos.-** Los datos obtenidos y presentados en sentencias obtenidas de los Juzgados de paz letrado de Chiclayo.

1.8.4.- METODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCION DE INFORMACIÓN.

- Método Dogmático.
- Método Comparativo.
- Inducción- deducción.
- Método histórico: Comparativo, dogmático, Teleológico.

1.8.5.- ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE DATOS

Para el análisis e interpretación de los datos obtenidos emplearemos los siguientes métodos:

- Análisis y síntesis
- Inducción - deducción.
- Comparación.
- Histórico.

CAPITULO II

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

2.1.- LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Fue adoptada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, constituye un instrumento internacional vinculante para los Estados Partes respecto del tratamiento de la infancia. Dicho instrumento internacional, inspirado en la denominada “Doctrina de la Protección Integral”, reconoce a los niños, niñas y adolescentes un conjunto de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales cuyo sustento se resume en cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el respeto de la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten.

2.2.- EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO,

Enunciado por el artículo 3º de la Convención y recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes peruano, preconiza que todas las medidas concernientes a los “niños” a ser adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener como suprema consideración su “interés superior”.

En ese sentido, corresponde a la administración de justicia en general, y con mayor razón a la especializada en infancia, que las decisiones a adoptarse tengan como sustento dicho interés superior, independientemente de los intereses de los padres; sin embargo, cabe preguntarnos, ¿existen límites para la aplicación de dicho Principio?

Para absolver la inquietud, debemos resaltar, en primer término, que en la práctica judicial el Principio del Interés Superior del Niño es invocado y aplicado mayoritariamente por los operadores de justicia al momento de decidir o resolver una controversia en la cual se encuentra involucrado un niño, una niña o un adolescente. Miguel Cillero Bruñol (1998), al respecto,

expresa lo siguiente: “(...) Generalmente se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico.

Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme, en consecuencia permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención lo recogiera, porque amparados en el ‘interés superior’ se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra” (p. 108).

Como es de advertir, la reflexión alude a decisiones jurisdiccionales que sin mayor justificación y con la sola invocación del Principio del Interés Superior del Niño “resuelven” la litis, vulnerándose de esta forma la seguridad jurídica y la tutela procesal efectiva; la seguridad jurídica “(...) es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad (...)”.

En relación con el tema, Manuel Miranda Estrampes (2006) sostiene que los problemas surgidos en relación al Principio del Interés Superior del Niño derivan de su calidad de concepto jurídico indeterminado e indefinido por la propia Convención; así sostiene que “la decisión sobre lo que en cada caso se ajusta al interés del menor se deja al arbitrio judicial; no obstante, el juez no se encuentra ante un concepto vacío, sino que a la luz de la anterior conceptualización, el contenido de las resoluciones judiciales debe consistir en asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de los

menores, quienes por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismos, para ello el juez deberá valorar el conjunto de circunstancias concurrentes, entre las que debe mencionarse la propia edad y circunstancias personales del menor (familiares, sociales)(...); el interés del menor actuará como criterio rector de la toma de decisiones cuando se suscite un conflicto con otros intereses legítimos, especialmente el interés de los progenitores. En estos casos, el conflicto deberá resolverse siempre primando el interés del menor” (p.109).

Vale decir que el Principio del Interés Superior del Niño debe indiscutiblemente ser la guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial; sin embargo, su sola enunciación no constituye razón ni justificación suficiente de la decisión; peor aún, no puede instituirse como herramienta de la arbitrariedad, sino que, por el contrario, debe ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el caudal probatorio aportado al proceso, a partir del cual el Juzgador utilizando su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño.

Por tanto, aquellas decisiones en las que únicamente se menciona el Principio del Interés Superior del Niño como frase “cliché” o “plantilla”, sin sustento, no resuelven un problema, sino que lo agravan, por cuanto al constituir un vicio procesal que afecta el deber de motivación de resoluciones judiciales, acarrea la nulidad del fallo.

En ese sentido, corresponde a los operadores de justicia garantizar el respeto y observancia del Principio del Debido Proceso, de tal forma que los derechos que lo conforman: defensa, producir prueba y que esta sea debidamente valorada, obtener una sentencia motivada y fundada en derecho, doble instancia, igualdad procesal, etc., sean plenamente ejercidos por las partes.

Ahora bien, resulta importante destacar que la Corte Suprema de Justicia del Perú por el III Pleno Casatorio Civil recaído en la Casación N° 4664-2010 PUNO, ha establecido como precedente judicial vinculante lo siguiente:

En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y en consecuencia debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4º y 43º de la Constitución Política del Estado.

Flexibilizar implica que el Juez que conoce de un proceso en el cual se encuentra involucrado un niño debe partir por internalizar que el caso sometido a su conocimiento debe ser considerado como “problema humano” y que por ende merece especial atención y consideración.

2.3.- EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Incorpora dicha obligación en el artículo X de su Título Preliminar. La ratio legis de la norma es que el juzgador vaya más allá de la mera aplicación de la Ley, toda vez que de por medio se encuentran seres humanos que directa o indirectamente sufren las consecuencias del enfrentamiento familiar; de allí la necesidad de que la solución a la controversia se funde, además de lo que resulte más beneficio para el niño inmerso en la litis, en el reconocimiento expreso de su derecho a vivir en el seno de su familia y mantener con el padre o madre con quien no convive las relaciones interpersonales necesarias a fin de asegurar su desarrollo integral.

De acuerdo con lo expresado, cuando la Corte Suprema alude que en los procesos de familia los principios y normas procesales deben ser flexibilizados, básicamente se refiere a que debe entenderse que dichos procesos, por su especial naturaleza, no pueden estar sujetos a normas estrictas o trabas que impidan administrar justicia desde la perspectiva de la solución a un problema humano, más aún el rol tuitivo que corresponde al propio juzgador.

Debemos recordar que la Constitución Política del Perú en su artículo 4º prevé 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”.

El dispositivo constitucional no hace más que ratificar la obligación primera del Estado de proteger al niño, entendiéndose como tal incluso al concebido, conforme lo estipulado por el numeral 2) del artículo 2º de la Carta Fundamental y el artículo 1º del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en atención a su condición de persona humana demandante de especial cuidado y protección, tanto para la satisfacción de sus necesidades vitales, como para el logro de su realización integral.

La norma en modo alguno desconoce o niega el deber, a la vez derecho, legal y biológico de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, como manifestación expresa del ejercicio de la patria potestad, sino que determina el rol preponderante del Estado en la protección de los derechos del niño a través de políticas públicas específicas orientadas a coadyuvar a su bienestar, lo que incluye aspectos de alimentación, salud, educación, vivienda, entre otros. Debemos recordar que ante la muerte o ausencia de los padres o el incumplimiento de los roles paterno y materno, el Estado tiene la obligación de cautelar la integridad de los niños mediante la adopción de medidas de protección específicas, de acuerdo con las normas previstas por el Capítulo IX del Título II del Libro Cuarto del Código de los N

ños y Adolescentes.

Al desarrollar los alcances del mencionado artículo 4º de la Norma Fundamental, el Tribunal Constitucional ha sido enfático en precisar lo siguiente:

(...) Que, dentro del orden de prelaciones y jerarquías existente al interior de una Constitución, es decididamente un hecho incontrovertible, que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia y más aún, si se encuentra en situación de abandono, que promover la seguridad como valor aislado, pues independientemente de que tal dispositivo reposa directamente sus fundamentos en el artículo 1º

de la Norma Fundamental y es, por consiguiente, rigurosamente tributario del principio “Dignidad de la Persona”, a la larga, del cumplimiento de un dispositivo, depende, en los hechos, la eficacia y vigencia del otro. No es posible, que un Estado proclame la Seguridad Ciudadana como valorpreciado de hoy cuando alimenta las condiciones de su propia alteración a futuro. Si una colectividad permite, de espaldas a su propia realidad, que la desprotección a la niñez se solvente con actitudes de indiferencia crónica, lo único que engendra son las condiciones para que la seguridad que hoy proclama como bandera, no vaya más allá de su propia existencia, como si el futuro de sus descendientes, paradójicamente la seguridad de ellos, no le interesara en lo absoluto (...).

(...) Adicionalmente a lo expuesto en los párrafos precedentes, es necesario precisar que conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4º de la Constitución se establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”, haciendo que la preservación del interés superior del niño y del adolescente sea una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”. Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4º), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso

tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria, pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales (...)

(...) el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos (...).

Del análisis de las sentencias glosadas resulta factible establecer lo siguiente:

1. Para un Estado y su colectividad resulta de suma importancia proteger a la infancia, más aún si se encuentra en situación de abandono.
2. La obligación de la comunidad y el Estado de proteger especialmente al niño, niña y adolescente tiene como sustento el reconocimiento del Principio del Interés Superior del Niño como parte integrante del bloque de constitucionalidad.
3. En todo proceso judicial en el que se verifique la afectación de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, los órganos

jurisdiccionales deben procurar brindarles atención especial y prioritaria, debiendo resolver a favor de aquellos en contraposición a cualquier otro interés.

Por tanto, flexibilizar, como así se señala en la propia sentencia casatoria, supone evitar el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal, de tal forma que principios procesales como congruencia, preclusión, eventualidad procesal, prohibición de reforma en peor, entre otros, cedan ante la imperiosa necesidad de dar una solución integral al conflicto, todo lo cual nos lleva a concluir que el único límite para la aplicación del Principio Superior del Niño en instancia judicial es que la decisión, además de encontrarse debidamente fundamentada fáctica y jurídicamente, constituya lo más beneficioso para el niño involucrado en la problemática.

2.4.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA COMO FUENTE DE CREACIÓN JUDICIAL

Cuando la interpretación judicial evalúa en un proceso el interés superior del niño/niña adquiere la fuerza de una gestación normativa. Si en un primer momento, la lectura de cuál es ese dicho interés que se nutre de la historia singular, más tarde su reproducción en los discursos judiciales forja reglas capaces de llenar los vacíos de la ley, la pauta se convierte en un poderoso instrumento de creación que alimenta al cambio legal³. La prevalencia del interés del niño/niña ha sido considerada en decisiones relativas al ejercicio de la autoridad parental. Detrás de la valoración circunstanciada de cuál es el interés del niño/niña subyacen las creencias generales sobre lo que es beneficioso para la infancia. Vislumbramos aquí las dos caras indisolubles de la noción, esto es, tanto su connotación social como su dimensión individual y singular. Cada época y cada cultura define qué es lo mejor para la niñez en función de un determinado sistema de valores y de representaciones sociales.⁴

³ Cfr. MENDEZ COSTA, María Josefa. Los principios jurídicos en las relaciones de familia, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2006, p. 31.

⁴ Cfr. GROSMAN, Cecilia. El interés superior del niño en Los derechos del niño en la familia. Discursos y realidad, editado por Grosman, Buenos Aires, Universidad, 1998, p. 25

Hoy en día, se rechazan todas las prácticas violatorias de los derechos fundamentales de la niñez. “Sin embargo, en el presente todavía opera en las mentalidades la idea de que muchas veces es indispensable y beneficia al niño/niña ejercer la violencia como un instrumento educativo”. Por consiguiente, en las decisiones es necesario articular dos aspectos. Por una parte, los jueces y funcionarios deben tener en cuenta, al apreciar el interés del niño/niña, los usos y costumbres propios del medio social y cultural en que se ha desenvuelto habitualmente, pues es deber del Estado y de la sociedad respetar la identidad y la pluralidad cultural, por otra parte este relativismo cultural, que exige aceptar las diferencias, no puede servir de escudo para tolerar interpretaciones que signifiquen una vulneración de la dignidad que pertenece a los niños/niñas como seres humanos y que afectan sus derechos consagrados en instrumentos de jerarquía constitucional.

De esta manera podemos afirmar, que el legislador debe consagrar, como regla, la primacía del interés del niño/niña por encima del interés de los padres biológicos y el de las demás personas que puedan verse afectadas. Se ha precisado que el niño/niña tiene derecho a especial protección y, considerando sus derechos, que la tutela de los mismos debe prevalecer como factor primordial en toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda ocurrir en cada caso, y por lo tanto, toda decisión sobre el tema, debe estar inspirada en lo que resulte más conveniente para su protección.

2.5.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA EN LA JURISPRUDENCIA

En el año 2005, la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el expediente N°756-2005-PUNO, se pronunció sobre el interés superior del niño/niña, en el considerando tercero no es menos cierto que existen normas sustantivas que tienen que tienen prevalencia sobre cualquier norma procesal. Tal es el caso del artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes, que dispone que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales,

Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la Sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del niño/niña y del adolescente y el respeto de sus derechos. En consecuencia, estando a que es política permanente del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar, estableciendo medidas cautelares y resarcimiento de los daños y perjuicios causados por ella y al haberse determinado- según las evaluaciones psicológicas obrantes a fojas diez, once y doce- que los menores sufren de maltrato emocional, bien ha hecho la Sala Superior en fijar medidas de protección a favor de los menores⁵. Dicho expediente, se trata de un recurso interpuesto por don Arturo Huamán Arias, contra la resolución que declaró fundada la demanda de violencia familiar respecto de los menores Arturo y Waldo Huamán Alvarado, el recurso fue declarado infundado el interpuesto en consecuencia no casaron la resolución de vista de fojas doscientos cuarenta y seis, de fecha treinta y uno de enero de dos mil cuatro.

En el año 2008 el Tribunal Constitucional se pronunció en la sentencia N° 2132- 2008- PA/TC - ICA, en la cual doña Rosa Felicita Elizabeth Martínez García interpone recurso de agravio constitucional con el objeto que se declaren nulas las resoluciones: i) N.º 5, de fecha 19 de marzo del 2004, ii) N.º 8, de fecha 1 de abril de 2004 y iii) N.º 10, de fecha 22 de mayo del 2004, que declara improcedente la nulidad deducida por la recurrente, resoluciones todas sobre aumento de alimentos en favor de su menor hija Ana Fiorella Solier Martínez.

Sostiene que las cuestionadas resoluciones judiciales han vulnerado sus derechos al debido proceso, a la igualdad ante la ley y a la protección especial del niño/niña y del adolescente, pues han declarado la prescripción de ejecución de la sentencia sobre pensión alimenticia, la demanda de amparo fue declarada fundada. Pero el Tribunal llegó a esta decisión al establecer al principio del interés superior del niño/niña, como un principio constitucional de protección del interés superior del niño/niña que

⁵ Cfr. JUSTICIA DE FAMILIA E INFANCIA. Interés Superior del Niño y Jurisprudencia peruana, 2008, p. 8 [ubicado el 5.VI.2012] Obtenido en <http://justiciadefamilia.blogspot.com/2008/10/inters-superior-del-nio-y.html>, p. 15.

constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4º de la Norma Fundamental en cuanto establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño/niña. Tal contenido fundamental es reconocido a su vez por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. De este modo, el principio constitucional de protección del interés superior del niño/niña se constituye como aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño/niña, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales.

En 1997, la Corte Interamericana de derechos humanos, recibió una demanda contra la República de Guatemala por el secuestro, la tortura y el asesinato de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes, por el asesinato de Anstrum Aman Villagrán Morales. Como dos de las víctimas, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes, eran menores de edad cuando fueron secuestrados, torturados y muertos, y Anstrum Aman Villagrán Morales era menor de edad cuando se le dio muerte, la Comisión alegó que Guatemala había violado el artículo 19 - Derechos del Niño- de la Convención Americana¹⁰⁴. En este caso, denominado Villagrán Morales, la Corte Interamericana de derechos Humanos ha señalado que en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos de que el Estado de Guatemala es parte y de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, la República guatemalteca ha incurrido en graves violaciones a los derechos humanos de los niños objeto de esta demanda al no establecer las medidas oportunas para impedir una práctica sistemática de agresiones en contra de los niños de la calle por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado.

En 2003, el caso Bulacio v/s Argentina la Corte sanciona al Estado de Argentina a pagar una indemnización a favor de la familia de la víctima Walter David Bulacio, de 17 años de edad, quien producto de una detención masiva quedo detenido en la comisaría de la ciudad de Buenos Aires¹⁰⁵. Se denunciaron en estas inmediaciones múltiples violaciones a los derechos del menor como por ejemplo agresiones por parte de agentes policiales, que no se notificara de la detención al juez correccional de menores de turno y lo peor de todo es que el joven Walter Bulacio producto de haber vomitado tuvo que ser trasladado a un centro asistencial donde el menor denunció lesiones graves por parte de la policía, Walter Bulacio falleció 6 días después.

En el año 2004, el caso Instituto de la reeducación del menor v/s Paraguay la Corte sancionó al Estado de Paraguay por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal de los doce internos fallecidos y los demás menores que resultaron con lesiones en el Instituto de la reeducación del menor¹⁰⁶. Además el Estado violó el derecho a la protección judicial e incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno de manera de garantizar a los niños los derechos fundamentales que le han sido consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En 2005, el caso de las niñas Yean y Bosico v/s República Dominicana la petición fue presentada a la Corte en virtud de que el Estado, a través de sus autoridades del registro civil, habría negado el derecho a la nacionalidad dominicana de las niñas, manteniéndolas en la situación de apátridas hasta el 25 de septiembre del 2001. La Corte sostuvo que la República Dominicana violó los derechos a la nacionalidad, a la igualdad ante la ley, el derecho al nombre y al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la integridad personal de las niñas en cuestión.

Así, en el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, la Corte I.D.H. “Se señaló que Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri eran niños de 14 y 17 años, respectivamente, cuando fueron detenidos ilegal y arbitrariamente, torturados y ejecutados extrajudicialmente por agentes de la Policía Nacional del Perú”¹⁰⁸. En este sentido, la Corte reitera su concepto de niño establecido en la Opinión Consultiva sobre la Condición

Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cuando señala que en definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad. Efectivamente, este criterio será reiterado en la Opinión Consultiva sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. La Corte ha sido clara en señalar que en definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por niño a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.

En todos estos casos enunciados, existe un uniforme razonamiento de la Corte, la que considera en forma integral el corpus iuris gentium de los derechos del niño, incluyendo la dinámica interacción e interdependencia entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño y otros cuerpos normativos. En todos estos pronunciamientos, la Corte Interamericana de derechos humanos manifiesta un claro reconocimiento del niño/niña como categoría especial de protección por parte del Estado, la familia y la sociedad entera, además de su condición de plenos sujetos de derechos y, especialmente, de derechos humanos. Por medio de las jurisprudencias antes mencionadas podemos inferir que, cuando hablamos del interés superior del niño/niña no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño/niña, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño/niña, sino que cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño/niña, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños. El llamado interés superior del niño/niña debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña. El principio significa que el interés superior del niño/niña es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño/niña en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y

organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño/niña y que representa una garantía para el niño/niña de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia. Podemos agregar que, por encima de cualquier norma procesal está el interés superior del niño/niña, la razón tiene una sola explicación particular, por el estado de vulnerabilidad y de indefensión en que se encuentra la persona cuando es niño y teniendo además presente que uno de los objetivos del Estado y de la sociedad es el correcto desarrollo de la personalidad del infante y el respeto al libre ejercicio de sus derechos fundamentales, determinado por su intrínseca condición de ser sujeto de derecho, es que se justifica brindarle al niño una protección especial y diferenciada del resto de grupos sociales, que necesariamente desde ser respetada por todas las autoridades e instancias judiciales.

2.6.- EL DERECHO DEL NIÑO/NIÑA A CONOCER A SUS PADRES Y A SER CUIDADO POR ELLOS.

Resulta evidente que para poder cumplir los derechos y exigir la atención de los deberes que corresponden a los hijos, éstos deben conocer previamente quiénes son sus padres. Una vez determinada la filiación, esto es, establecidas la paternidad y la maternidad, surge inmediatamente la atribución a los padres del conjunto de derechos y deberes reconocidos en función del interés de los hijos, que se resumen en el cuidado integral de estos.

El derecho del niño/niña a conocer a sus padres aparece expresamente recogido en el artículo 7° de la Convención sobre los Derechos de Niño¹¹⁰. Resulta evidente que para poder cumplir los deberes y derechos que corresponden a los hijos, estos deben conocer previamente quiénes son sus padres. Una vez determinada la filiación –establecida la paternidad y la maternidad- surge inmediatamente la atribución a los padres del conjunto de derechos y deberes, reconocidos en función del interés de los hijos, que resumen en el cuidado integral de estos. “El derecho a conocer a los padres 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”⁶. A partir del mismo, cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial. Cada sujeto podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, las acciones de filiación como manifestaciones concretas del derecho del niño/niña a conocer a sus padres, participan del mismo carácter imprescriptible e irrenunciable de este derecho, el cual, para el ejercicio exige abandonar el sistema de causales determinadas para ejercitar tales acciones.

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 maternidad⁷. De ello se encargan las acciones de filiación, cuyo objeto es la constitución del emplazamiento filial, cuanto las que tienen por objeto el desplazamiento, vale decir, las acciones de reclamación y de impugnación de la filiación.

El derecho del niño/niña a ser cuidado por sus padres rige la idea de que el ejercicio compartido de la patria potestad por el padre y la madre, atiende mejor al interés del niño/niña, lo que constituye el reconocimiento de la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que aquélla importa, con prescindencia del origen de la filiación. Podemos establecer, que el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos significa que el niño/niña será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Como se observa, el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos constituye un derecho fundamental de la infancia, que se sustenta en el reconocimiento de que el niño/niña, para el pleno y armonioso

⁶ GROSMAÑ, Cecilia. El interés superior del niño en Los derechos del niño en la familia.

⁷ TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo. “El interés superior del niño, ¿puede modificar los acuerdos contenidos en una conciliación judicial?”, Actualidad Jurídica, N° 182, setiembre 2009, p.125

desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño/niña.

2.7.-LAS DEBILIDADES Y FORTALEZAS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA

La noción del interés superior del niño/niña ha adquirido una trascendencia institucional que supera las fronteras. Empero, al mismo tiempo, junto al consenso de las naciones se alzan voces en el campo doctrinario que marcan sus debilidades. Su aplicación, pone a la justicia al servicio de los modelos sociopolíticos dominantes. Su evaluación subjetiva facilita la arbitrariedad del magistrado. “Este interés es siempre definido por el adulto y existe riesgo de contemplar más los intereses de éste último que los del menor, ya que queda de los hijos extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos, Lima, Defensoría del Pueblo, 2003, p. 35. reducido como aquel que no habla. Es un compartimiento vacío que se llena con las percepciones y prejuicios de los adultos”. En nuestro país, la práctica judicial indica una carencia cuando se autoriza al juez a objetar los acuerdos de las partes si afectan el bienestar de los hijos, ya que los jueces aprueban los convenios sin investigar si benefician o no al niño, pues confían en el criterio de los padres⁸. También se ha dicho que cuando se piensa en el interés superior del menor es posible tener distintas ideas sobre la manera en que puede ser satisfecho. Unos pueden creer que el mayor interés es lograr fuertes lazos emocionales, y otros suponer que es contar con una adecuada formación espiritual o religiosa o prepararlo para ser un hombre productivo en la adultez. La evaluación del interés superior del niño/niña dependerá de los valores que se consideran importantes en la tarea formativa.

Creemos que, pese a los riesgos señalados, es necesario, enaltecer la noción en cuanto representa la consideración del niño/niña como una persona independiente, el reconocimiento de sus propias necesidades y la aceptación de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. El

⁸ Cfr. GUTIERREZ DE LA CRUZ, Judyth. “El derecho a la identidad, modificación del proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, Actualidad Jurídica, N°212, julio 2011, p. 61

interés superior del niño/niña emerge como fruto de una estructura familiar que busca el respeto de las individualidades que la componen. Surge cuando la infancia es concebida como una categoría autónoma, con sus propios derechos e intereses.

2.8.- SIGNIFICADO QUE PUEDE ATRIBUIRSE AL CALIFICATIVO “SUPERIOR”.

Se califica al interés del niño/niña como superior. Con esto ¿Se está queriendo decir que los derechos del niño son jerárquicamente superiores a los de los adultos y, por consiguiente, que priman sobre estos? En principio pareciera que la respuesta debe ser afirmativa, pero el calificativo superior no tiene este alcance. “Fundamentalmente se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales”⁹. Simboliza la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y que ese lugar debe ser respetado.

No debemos olvidar que cuando se defiende el interés del niño/niña ello implica la protección y defensa de un interés social. Así, en materia filial, a la comunidad le interesa la averiguación de la verdad biológica, asegurar la responsabilidad en la procreación y el derecho del niño a obtener su emplazamiento filial. Por otra parte, la decisión pretende poner una valla a las reivindicaciones de los adultos cuando amenazan las necesidades propias del niño. Es decir, alienta la idea de que frente a un conflicto de intereses se consideran de mayor jerarquía aquellos que permiten la realización plena de los derechos del niño.

2.8.- LA DEFENSA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA

La consideración del interés superior del niño/niña se produce cuando el conflicto llega a la justicia por obra de los adultos o de organismos estatales encargados de la protección del niño/niña¹⁰. Un aspecto esencial para

⁹ TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo. “El interés superior del niño, ¿puede modificar los acuerdos contenidos en una conciliación judicial?”, Actualidad Jurídica, N°182, setiembre 2009, pp.126.

¹⁰ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”...Op. Cit, p. 27.

amparar el interés del niño/niña, es darle el derecho de acudir personalmente a la justicia cuando dicho interés resulte afectado.

Dentro del ordenamiento actual, cuando se presenta una oposición de intereses entre padres e hijos, se designa un tutor, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público. Pero esta solución no resguarda suficientemente el interés superior del niño/niña, ya que por una parte, los tutores especiales tienen facultades restringidas, por la otra la función esencial del Ministerio Público es controlar, dictaminar o asesorar, no teniendo la infraestructura adecuada para participar en la investigación del caso, y representar los intereses del niño/niña. Por consiguiente, la protección del interés superior del niño/niña exige necesariamente acordarle la posibilidad de una representación propia que defienda sus intereses, elemento esencial del debido proceso.

CAPITULO III

LA FILIACIÓN EXTRA MATRIMONIAL

3.1.- CONCEPTUALIZACIÓN

Cuando nos referimos a la Filiación como instituto jurídico hacemos referencia al derecho romano cuyo sustento de este instituto Jurídico era la relación **padre-hijo**, entonces, el fundamento biológico, es el cimiento sobre el que se construye esta relación jurídica, de manera que por su importancia se convirtió en derecho positivizado en el derecho romano reconocen el derecho filiatorio biológico.

La filiación extramatrimonial se refiere a los hijos concebidos y nacidos fuera de una relación matrimonial, en éste caso para establecer la filiación se requiere el reconocimiento efectuado por el respectivo padre o madre o en su defecto una sentencia declaratoria, dado que el reconocimiento es un acto personal que se puede realizar en el registro al momento de declararlo, también se puede efectuar por Escritura Pública y Testamento, conforme así lo prescriben los artículos 390 y 391 del Código Civil, el reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio no admite modalidad y es irrevocable, así lo establece el artículo 395 del Código precitado.

Así tenemos algunos autores:

FRANCISCO GARCÍA CALDERÓN¹¹: La Filiación es la descendencia de padres e hijos o bien la calidad que uno tiene de hijo con respecto a otra persona que es su padre o su madre.

¹¹ GARCÍA CALDERÓN, Francisco, "Diccionario de la Legislación Peruana", Tomo I, Pág.320.

HÉCTOR CORNEJO CHÁVEZ¹²: Señala la Filiación en un sentido genérico, es aquella que vincula a una persona con todos sus antepasados y descendientes y; en un sentido estricto, aquella que vincula a los padres con sus hijos, la cual denomina paterno - filial.

JAVIER R. PERALTA ANDÍA¹³: Señala: que los hijos extra matrimoniales tienen acción en contra de quienes considera su padre o su madre, por tanto, la acción investigatoria de la paternidad es la que promueve al hijo para averiguar su filiación por declaración judicial de la misma a fin de establecer no solo el hecho en sí, sino también para posibilitar básicamente el derecho alimentario, el sucesorio y el de llevar sus apellidos.

3.2.- LA FILIACIÓN COMO HECHO NATURAL Y COMO HECHO JURÍDICO:

Desde el punto de vista natural y biológico todos los individuos son hijos de un padre y de una madre su Filiación se determina según sean las circunstancias legales la unión de los mismos. Vale decir que hay una Filiación derivada del hecho de la existencia y otra jurídica, que a su vez origina efectos jurídicos.

3.2.1.- LA FILIACIÓN COMO HECHO NATURAL

Existe siempre en todos los individuos, debido a que por la procreación se es hijo de un padre y madre y consecuentemente su reconocimiento se efectúa por los mismos.

¹² CORNEJO CHAVEZ, Héctor – "Derecho de Familia Peruano" – Tomo II. Gaceta Jurídica; 9ª Edición. Pág. 547.

¹³ PERALTA ANDIA, Javier Rolando – "Derecho de Familia en el Código Civil"; Editorial Moreno S.A., 2a Edición. Enero 1995, Pág. 215.

3.2.2.- LA FILIACIÓN COMO HECHO JURÍDICO

No ocurre lo mismo, porque existen casos en que hijos quedan sin padres, es por eso que el derecho necesita primero asegurarse de la paternidad o maternidad, para de ese modo reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación, la que tiene que instaurarse un proceso de filiación para desvirtuar tal incertidumbre dado finalmente con una declaración de paternidad.

3.3.- CLASES DE FILIACIÓN:

Tenemos:

3.3.1.- Filiación Matrimonial:

Deriva de las palabras latina Filius y Matrimonium, ello significa que un hijo procede de padres casados, debe entenderse como aquel hijo nacido de padre y madre que han contraído matrimonio de acuerdo a las formalidades establecidas por ley, cuando el hijo proviene de un matrimonio legalmente constituido, es por ello que se dice que existe la Filiación Matrimonial cuando existe el hecho material de la procreación, y a la vez el hecho jurídico de que los padres se encuentran ligados por el vínculo matrimonial.

Según: **Manuel Albaladejo**¹⁴, sostiene que la Filiación Matrimonial son los hijos matrimoniales, no los hijos de personas unidas en matrimonio, o que lo estuvieron, aunque después este hubiera acabado por cualquier causa, es el hecho de ser hijos matrimoniales de quienes estuvieron unidos en matrimonio, se sobreentiende que no es para los hijos habidos después de haber cesado el matrimonio, por lo que hace matrimonial es venir del matrimonio”.

¹⁴ ALBALADEJO, Manuel - "Compendio de Derecho Civil" – Ediciones tráficas -España, cuarta edición, Pág. - 574.

3.3.2.- Filiación Extramatrimonial o Ilegítima:

Es aquella que resulta de una unión irregular que se da entre un hijo y sus padres como éstos no estaban unidos por el vínculo del matrimonio, es decir que es el fruto de las relaciones extramatrimoniales del varón y la mujer, filiación que se produce por consenso o por declaración judicial.

Según: **Javier R. Peralta Andía señala**¹⁵: "Que los hijos extramatrimoniales tienen acción en contra de quienes considera su padre o su madre, por tanto, la acción investigatoria de la paternidad es la que promueve al hijo para averiguar su filiación por declaración judicial de la misma a fin de establecer no solo el hecho en sí, sino también para posibilitar básicamente el derecho alimentario, el sucesorio y el de llevar sus apellidos.

3.3.3.- Filiación Adoptiva:

Es aquella que difiere profundamente de las dos anteriores porque no se basa en el vínculo matrimonial, ni tampoco en el hecho material de la procreación sino que viene a ser el resultado de un acto jurídico o de acuerdo a las voluntades que se celebran entre adoptantes y adoptado.

Mediante la Filiación Adoptiva, se tiene a dar una familia a quienes carecen de ella y un hijo a quienes la naturaleza les ha negado. Se considera como una ficción de la ley, pero gracias a ella se puede recibir como hijo propio a quien no lo es con todos sus derechos y deberes.

¹⁵ PERALTA ANDIA, Javier Rolando; "Derecho de Familia en el Código Civil", Editorial Moreno S.A., 2ª Edición. Pág. 347.

3.4.- FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL A TRAVÉS DE LA PRUEBA GENÉTICA DE ADN.

La Filiación constituye la institución del Derecho de Familia que consiste en la relación paterno - filial existente entre una persona con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró, este lazo no siempre se origina de la unión sexual, sino también de la inseminación artificial o fecundación extrauterina, además crea un estado civil, crea relaciones de familia y determina los derechos y obligaciones emergentes del mismo.

Cuando el hijo no ha sido reconocido por su padre, puede demandar la Declaración Judicial de Paternidad o Declaración Judicial de Filiación, con el objeto de que por sentencia se declare al demandado padre del demandante y a su vez a éste su hijo, similar acción puede realizar la madre del menor de edad que no ha sido reconocido por su progenitor.

Dentro de Nuestro sistema Jurídico se hace referencia a la filiación Materna y la Filiación Paterna, a su vez contempla la prueba de ADN como medio probatorio a efectos de acreditar la filiación, en los procesos judiciales que con éste objeto se instauran. Actualmente en todo proceso judicial de filiación de paternidad con respecto a un menor, que sea objeto de contradicción por el demandado, el Juzgador debe disponer la actuación de éste medio probatorio, en caso de negarse el demandado a someterse a la prueba será declarada la filiación, de no ser éste caso y el demandado acepte a ser sometido a ésta prueba, el resultado del proceso se sujetará al resultado de la misma, ya que ésta prueba de ADN tiene un 99.9% de grado de certeza para efectos de filiación.

3.5.- MÉTODO PARA PROBAR LA FILIACIÓN.

El ADN es el método más preciso que existe a efectos de probar la filiación, debido a que el ADN de cada persona es único.

Esta prueba está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos de la madre, del niño (a) y del presunto padre. La prueba de ADN es la forma más precisa para determinar la paternidad y se puede realizar por razones legales, médicas o personales.

De esta manera se beneficia a las mujeres que buscan el reconocimiento de filiación para sus hijos. También puede ser ofrecida por los varones que desean demostrar que no son los padres biológicos de un determinado niño que es imputado como hijo suyo, por lo que hoy en día es el método más eficaz que existe para probar la filiación.

3.6.- NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y GENÉTICAS DE LA FILIACIÓN:

Es posible que una de las partes se niegue a someterse a los análisis y estudios de los peritos tienen que realizar para establecer la veracidad del vínculo biológico. Por respecto a la libertad individual, se ha afirmado el criterio según el cual no cabe ejercer compulsión física sobre la parte que se niega someterse a tales pericias; sin embargo tampoco sería razonable que el legislador no diera relevancia alguna a tal negativa, pues lo contrario supondría dejar indefensa a la parte que propuso las pruebas biológicas, pues con ello se beneficiaría el litigante de mala fe.

Debe destacarse que existen dos teorías muy difundidas, que tratan sobre la exigibilidad al sometimiento de las pruebas biológicas y genéticas, y son:

3.6.1.- Teoría del Fin Supremo Justicia.

La obligación de participar activamente y colaborar en el proceso judicial es un acto inherente a toda persona, por la razón de vivir en un Estado de Derecho y con ejecución a las normas del orden Jurídico.

El sometimiento a las pruebas genéticas ordenadas por el juzgador para investigar la paternidad de una colaboración que de ningún modo atenta contra la libertad individual, en razón de que las técnicas de paternidad son sencillas y no implican una violación a los derechos. El demandado no está obligado a prestar su cuerpo, pero si tiene la carga de hacerlo porque si no lo hace su negativa constituirá una de las pautas para juzgar circunstancialmente la situación de hecho. Por sobre todo está el valor justicia y el esclarecimiento de los hechos, más aún tratándose de indagar una

filiación que es el sustento de un derecho natural: el derecho de conocer quien es nuestro padre biológico.

3.6.2.- Teoría de los Derechos de la Persona

Sostiene que a nadie puede obligársele a un examen bio-corporal, en razón de la existencia de los derechos personales.

Si bien estos planteamientos benefician a los litigantes de mala fe, que ocultan y resguardan su responsabilidad paternal en los principios constitucionales de libertad humana y de la inviolabilidad de la persona, debe considerarse que el impedimento para actuar la pericia reside en la coacción o impulsión al sometimiento de la misma.

Sin embargo, los argumentos antes mencionados no son del todo válidos a estar de por medio un interés de carácter preferente, consistente en que todo sujeto tiene derecho a conocer quién es su padre, vale decir se toma en cuenta el interés superior del niño **(artículo IX del T. P del Código de los Niños y Adolescentes)**.

9.1.1. Derecho a la Integridad: *La integridad es la característica propia, el contexto corporal y funcional que como sujeto de derecho le corresponde al ser humano. Su finalidad es proteger al hombre como un todo. Mediante este derecho se determina la protección de la estructura corporal (integridad física) psicológica (integridad síquica) y social (integridad moral) de la persona humana.*

9.1.2. Derecho a la Libertad: *Jurídicamente, la libertad se vincula con el derecho de la autodeterminación y con el derecho a decidir libremente. Se ha determinado, que el derecho que más resulta lesionado con la aplicación de las pruebas biológicas es la libertad personal, en el sentido de que a toda persona le corresponde la facultad de oponerse a la ejecución de*

aquello sea impuesto sin fundamento legal. Pero sin duda se debe valorar la conducta del sujeto a efectos de proteger los derechos que están en juego, que para el caso, la libertad personal y el derecho a conocer la identidad de su progenitor¹⁶.

9.1.3. Derecho a la Intimidad. *La vida del ser humano es reservada. En ella se reúne diversos aspectos (personal familiar y laboral entre otros) que, dado su contenido, pertenecen exclusivamente a su titular. Por ello, tiene facultad alguna de conocerlos pero no divulgarlos, por el reservado de los mismos. Esta prerrogativa es el derecho de la intimidad.*

La intimidad es otro de los derechos recurridos para justificar la negativa a los exámenes biocorporales de paternidad pues se vulnera a través de los actos de indagación (intromisión) y puestas en conocimiento público (divulgación).

9.1.4. Derecho al Honor. *El honor es un crédito moral que se configura a través del cumplimiento de nuestros deberes. Este es el argumento esgrimido en defensa del derecho del honor frente a la investigación de la paternidad. Por su parte se alega que el probable atentado irrogado a este derecho está dado básicamente entorno social, al ponerse en descubrimiento relaciones sexuales extramatrimoniales y el nacimiento de un hijo como consecuencia de las mismas. Los efectos son*

¹⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique – "Filiación, Derecho y Genética" – Universidad de Lima - Fondo de Cultura Económica 1999., 2ª edición, Pág. 186-

mayores si la persona a quien se indagó biológicamente es casada o es personaje público.

9.1.5. Derecho a la igualdad. *Este derecho está relacionado con la libertad y contrapuesto con la discriminación. Su fundamento se circunscribe en la prohibición que el derecho impone frente a las diferencias existentes entre y hacia las personas. Así tenemos que los hijos matrimoniales gozan de una presunción legal de paternidad, mientras que los extramatrimoniales carecen de relación preestablecida, por que extraer una aproximación a la vinculación filial frente a la negativa al sometimiento de la prueba biológica es tender al fortalecimiento del derecho a la igualdad entre los hijos.*

9.1.6. Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. *Este derecho se vincula con la administración de justicia y la facultad que tiene la persona de gozar de una adecuada solución jurisdiccional frente a sus problemas, partiendo del principio que las partes tienen el deber de colaborar y actuar de buena fe, así como del juez de encargarse adecuadamente del proceso.*

Ciertamente la negativa no se puede considerar como una confesión ficta de paternidad o maternidad, por una razón fundamental: la confesión para ser tal debe referirse a hechos propios del autor, y que por lo tanto éste conoce a ciencia cierta; mientras cuando se trata de pronunciarse sobre la paternidad el único hecho susceptible de confesión es haber mantenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción, pero el hecho de la paternidad se escapa del

conocimiento del interesado, quien solo puede estar seguro de la posibilidad de ser el padre pero no de la realidad de serlo.

Pero si bien la negativa muestra una actitud obstruccionista y además injustificada e irrazonable, de modo que supiese una falta de colaboración con la justicia, puede junto con las demás pruebas que demostrasen una posibilidad de paternidad, fundamentar la declaración de paternidad.

Claro que ésta a partir de la existencia de pruebas que permitan afirmar positivamente el nexo biológico investigado, la negativa de someterse a ellas vigorizará la presunción en contra de quien adopta esa posición de resistencia.

3.7.- NEGATIVA JUSTIFICADA:

En estas situaciones los argumentos que se esgriman deben ser razonables y estar debidamente probados. De esta manera, sólo la existencia de causas muy calificadas, y debidamente justificadas, podrían legitimar la negativa al sometimiento de la prueba biológica.

Entre algunos casos de especial consideraciones tenemos:

- ✓ Razones de salud física (hemofílica) o psíquica.
- ✓ También se ha resultado que cabe extraer consecuencias de ésta negativa si el demandado es un anciano de ochenta y tres años, que padece de arteriosclerosis avanzada, con hipertensión y una esclerosis coronaria con un bronco enfisema pulmonar, edad y padecimientos que algunos meses después le produjeron la muerte.
- ✓ Motivos religiosos o de credo, así como otras causas relevantes vinculadas a la libertad religiosa.
- ✓ Cuando el imputado como padre demuestra su imposibilidad física de haber cohabitado con la madre: estar de viaje, en etapa de convalecencia o en prisión.
- ✓ Cuando se demuestre efectivamente la infertilidad o impotencia. Así también sería alegable la negativa de un menor de 14 años, tomando

en consideración que el reconocimiento en nuestro sistema se realiza a partir de dicha edad (principio de economía básico).

- ✓ Error en la identidad del demandado.

3.8.- NEGATIVA INJUSTIFICADA:

No serán considerados como motivos justos:

- ✓ El daño de la integridad física (la tipificación de los estudios de ADN no requiere sangre sino que los mismos se realizan con cualquier otro fluido corporal).
- ✓ El riesgo económico (el demandado asume el costo de la prueba si resulta positiva).
- ✓ La deshonra social (que sea un personaje público o por notoriedad de la persona).
- ✓ La vulneración a la integridad familiar (causal de divorcio por adulterio injuria grave).
- ✓ El desmedro profesional (profesional exitoso).
- ✓ Un posible contagio de enfermedades infecciosas.
- ✓ El hecho punible como consecuencia de La negativa (delito contra la administración de justicia) acusado de violación al comprobarse la compatibilidad genética.

3.9.- EFECTOS DE LA NEGATIVA:

La negativa puede derivarse del padre, de la madre o del hijo e indiscutiblemente los efectos jurídicos que produzca serán disímiles en relación de la persona de quien provenga:

- ✓ **Cuando la madre o el hijo**, de modo injustificado se nieguen a someterse al examen genético, deducimos que de dicha actitud se desprende a un temor a que sea descubierto el verdadero nexo biológico, quedando desestimada la demanda por aquéllos interpuesta. Igualmente, que sea considerado como una causa

fehaciente de no paternidad cuando la prueba biológica haya sido ofrecida por el padre como medio de prueba.

- ✓ **Cuando es el padre**, En este caso el criterio dictaminado común y lógico es que el Juez apreciará la negativa del supuesto padre como una conducta encubridora de la filiación demandada, ya que si el imputado como progenitor no lo fuera realmente no evadirla una prueba que tiene por objeto poner de manifiesto la existencia o imposibilidad del vínculo parental.
- ✓ **Cuando es un tercero**: Si es un tercero el que se niega someterse a la prueba biológica (abuelo que se rehúsa al examen para investigar la paternidad de un supuesto nieto) o autorizar su aplicación en una persona bajo su dependencia (adoptante que niega investigación biológica de su hijo legal). En estos casos no podemos deducir ningún tipo de supuesto relacional de filiación.

3.10.- VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y GENÉTICAS DE LA FILIACIÓN.

Las pruebas biológicas genéticas de la filiación son pruebas periciales, y como tales deberán ser valoradas. Pues la pericia es un medio de prueba que fue especializado, sólo servía para otorgar al juez elementos de mera convicción. Cabe señalar si un juez o un tribunal admite la prueba de ADN u otra de validez científicamente, su convicción dependerá de la evaluación de diversos factores; la calidad del laboratorio, si la técnica es correcta y calificadamente exacta y aceptada por la comunidad científica, si las muestras pudieron o no estar contaminadas, entre otros¹⁷.

¹⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI. Enrique; "filiación, Derecho y Genética"; Editorial Universidad de Lima, Primera Edición Lima 1999, Pág. 179.

3.11.- EFECTOS JURÍDICOS DE LA FILIACIÓN

Al hablar de la Filiación y sus efectos jurídicos, encontramos que la Filiación Matrimonial, es la Filiación típica del Derecho de Familia y lleva consigo la plenitud de los efectos jurídicos. Es por eso que el hijo matrimonial está investido de derechos importantes en comparación con el hijo extramatrimonial. Así tenemos por ejemplo que los hijos matrimoniales sin ningún problema llevan el nombre y el apellido completo del padre y de la madre respectivamente, tiene asimismo todos los derechos de ser alimentados, y de ser educados por sus padres, tienen derecho a recibir instrucción, gozan de los beneficios de las obligaciones derivadas de la patria potestad. Además tiene el derecho de sucesión y en consecuencia está sujeto a todas las obligaciones que llevan consigo ese estado de hijo matrimonial o legítimo en materia de patria potestad.

Por otro lado, la Filiación Extramatrimonial, al ser legalmente probada produce efectos menos favorables y menos complejos que la Filiación Matrimonial.

Por ejemplo:

Un hijo extramatrimonial lleva consigo el apellido de su padre si ha sido reconocido por él, y el apellido de su madre si ha sido reconocida por ella.

Los hijos extramatrimoniales no tienen más familia que los padres y hermanos naturales, siendo esta una expresión equívoca, por cuanto el hecho está en que el hijo extramatrimonial tiene como legítimo una familia, pero el lazo de parentesco no produce en él las mismas consecuencias que para el hijo legítimo.

No debemos olvidar que las relaciones de parentesco son múltiples y de diversa naturaleza en el Derecho de Familia, pero de todas éstas relaciones la más importante es sin duda la "Filiación", por que como ya lo hemos mencionado anteriormente, es aquella que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendencias , pero lo que nos interesa en relación a este tema es la Filiación Extramatrimonial al cual debemos poner más énfasis ya que a pesar de la igualdad que les

confiere el actual Código Civil, así como la Constitución Política del Perú, siempre se hallan en una situación inferior en comparación con los hijos matrimoniales, debido a que la mayoría de los legisladores defienden y amparan la institución del matrimonio.

Pero no debemos olvidar asimismo que el Derecho Contemporáneo, se orienta hacia la igualdad jurídica de los hijos, sin tener en cuenta su procedencia, pues, según frase conocida, "Nada tan natural como un hijo natural".

En resumen la Filiación debe ser un hecho jurídico resultante de una situación real, pero nunca debe actuar como un castigo de por vida.

CAPITULO IV

EL PROCESO DE FILIACION DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL REGULADO POR LA NORMA LEGAL PERUANA

4.1.- CODIGO CIVIL

4.1.1.- EVOLUCION LEGISLATIVA DEL ART. 402° DEL CODIGO CIVIL.-

Nuestro Derecho Civil, visto y reflejado en nuestra vida Republicana, en un primer momento con la dación del Código Civil de 1852 con la notoria influencia del derecho francés de entonces, **prohibió expresamente no sólo la investigación de la paternidad natural, sino incluso la de la maternidad natural**; ya en el Código Civil de 1936 se admitió ciertas excepciones no solo en el caso de delito, añadiendo al rapto, la violación, el estrupo, sino introduce la investigación en los casos de existir escrito indubitado del padre reconociendo la paternidad o de hallarse el hijo en la posesión de estado, referidas por cierto al hijo natural.

En el texto original del artículo 402° del Código Civil, tal cual fue concebido por la Comisión Reformadora y Revisora del Código Civil de 1984 y que entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984, contempló únicamente los cinco primeros incisos como supuestos de presunción para la declaración de filiación judicial extramatrimonial, siendo estos:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.

Ahora, con la primera modificatoria habida e introducida mediante el art. 2° de la Ley N° 27048, se introdujo el inciso sexto cual rezaba:

Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El Juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.(*)

No hace mucho tiempo atrás, con la dación de la Ley N° 28457 ha sido suprimido el extremo que indicaba: **Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415.**

La razón de esta introducción radica fundamentalmente en que no estaba contemplada aquel supuesto de existencia de hijo extramatrimonial nacido de una relación efímera y por el mismo avance científico y desarrollo de la prueba genética del ADN y otras genéticas.

El objetivo de las acciones judiciales destinadas al establecimiento de la filiación jurídica es que coincida con la filiación biológica (verdad biológica), durante siglos fue inaccesible, el derecho de cierta manera se limitó a deducir de total o determinado hecho, sea con mayor o menor certeza para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, que no son más que presunciones judiciales detalladas e indicadas en los primeros cinco incisos del artículo 402° ya antes referido.

Por tanto las dificultades respecto de la prueba justifican el hecho de que el legislador haya siempre tomado largamente en cuenta las presunciones de paternidad, han sido con el decurso y progresos de la ciencia superadas, que ahora permiten determinar a través de un test genético con un riesgo mínimo de error la filiación biológica de una persona,

Para ello cabe destacar la fuerza probatoria del test genético, las condiciones en que se realiza la prueba, la negativa del presunto padre a someterse a ella, y finalmente las consecuencias que genera tal posición.

Respecto al ADN (Ácido Desoxirribonucleico) tiene su fundamento en el hecho de que ningún ser humano es idéntico a otro, apoyándose esta prueba genética justamente sobre la constatación mayor de la genética moderna. LA UNICIDAD DE LOS INDIVIDUOS.

Cada hombre posee un patrimonio hereditario original constituido, mitad a mitad por el aporte de cada uno de sus progenitores, ese genoma que es fijado en el momento de la fecundación, se encuentra inscrito en el núcleo de cada célula del cuerpo, bajo la forma de 23 pares de cromosomas constituidos de una molécula linear compleja de ácido desoxirribonucleico (ADN). El ADN lleva en sí la información necesaria a la génesis corporal del individuo y a su funcionamiento, Los genes que cumplen la misma función pueden diferir según diferentes tipos de un individuo a otro, esta prueba biológica resulta ser de mayor rigor para establecer la paternidad biológica, pues la prueba de grupos sanguíneos permite únicamente excluir la paternidad de un individuo.

4.2.- LEY N° 28457.

Con la dación de la Ley N° 28457, Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, se creyó que se había resuelto el problema de la negativa de los padres “malos padres” de no querer reconocer a sus hijos extramatrimoniales, quienes en busca de mil excusas y negativas se rehusaban a cumplir con sus obligaciones de procreadores y más aún, de poder brindar un padre y hasta un núcleo familiar al menor de edad.

También creemos que esta Ley se origina y se fundamenta en la cumplimiento del Derecho a la Identidad, por parte del menor, siendo ello uno de los principales derechos, y tal como lo señala Bosch quien ilustra esta posición y sostiene: “La necesidad de conocer de manera precisa sus orígenes, estuvo siempre latente en el hombre, la búsqueda de quienes fueron sus ancestros era importante para consolidar el grupo. Hasta el siglo XIX la descendencia de los reyes no era un asunto que hacía a la intimidad. Se encontraba de por medio el trono, el destino del país”

Pero debe también considerarse algunos elementos esenciales que se desprenden de la aplicación de la presente, los cuales se generan de un indebido emplazamiento –cuyo convalidación conlleva a la automática paternidad- y un elemento que no se ha discutido debidamente, como es la ponderación entre el derecho de identidad frente al de intimidad.

4.3.- DEL DEBIDO PROCESO

Debemos destacar que son diversas las convenciones y tratados de carácter supranacional que indican un mínimo de garantías procesales que pueden instalarse en el concepto del debido proceso, entre los cuales se encuentra el derecho de defensa.

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

Es por ello que todas las personas tienen derecho a un Debido Proceso, el cual en medida que sea respetado y cumplido, garantiza una correcta administración de justicia, siempre que se respeten los principios básicos del mismo, como es el derecho a la defensa el mismo que se materializa en el debido emplazamiento.

Del análisis de la Ley 28457, ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, modifica varios artículos del Código Civil respecto a esta institución, puesto que admitida la prueba de ADN como prueba indubitable de la paternidad, establece la potestad del juez de declarar la paternidad extramatrimonial o al hijo como alimentista después de evaluar la negativa a someterse a la prueba referida, desestimando así el derecho de defensa del demandado, quien por diversos motivos y más aún por un emplazamiento defectuoso se ve perjudicado con la imputación “automática”, de un hijo que en alguno de los casos no sea suyo.

La ley antes mencionada no establece supuestos en los cuales el emplazamiento sea defectuoso, por elementos externos al demandado (internamiento hospitalario, internamiento minero, ausencia del país, etc.), quien tampoco puede verse perjudicado ante el inicio, proceso y sentencia de un proceso judicial, el cual traerá consecuencias no solamente jurídicas sino también sociales, puesto que la filiación de un menor no es netamente legal sino también social, por lo que ante la “laguna del derecho” de la Ley materia de análisis podemos encontrar deficiencias en tal sentido, procediendo a hacer algunas sugerencias al respecto.

4.4.- LAS NUEVAS TECNOLOGIAS Y SU IMPLICANCIA EN EL DERECHO

4.4.1. El ADN como prueba irrefutable

La tecnología del ADN ha logrado inconmensurables avances para la vida humana, no sólo en la prevención y tratamiento de enfermedades, sino que ha solucionado también el ámbito de la administración de justicia, adquiriendo una gran importancia en el proceso civil. Y es que el tema de la investigación biológica de la paternidad y el derecho que esboza, son de por si sugestivos y de gran interés actual por su trascendencia social, humana y

jurídica, a lo que debemos sumarle el gran revuelo que han tomado las ciencias biológicas sobre el hombre [2].

Según lo establecido en la Ley 28457 en su primer artículo:

“Quién teniendo legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida una resolución declarando la filiación demandada. Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de 10 días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad”.

Con lo dicho anteriormente ¿debe entenderse que el sólo hecho de no oponerse al mandato, independientemente de la realización o resultado de la prueba de ADN, basta para declarar la paternidad? más sorprendente y enredado es su artículo 2º, que dice:

“La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN dentro de los 10 días siguientes (...) Si transcurrido los 10 días vencidos del plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causal injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad”.

El carácter de la prueba de superior y excluyente, toda vez que lleva al juez a declarar de inmediato la paternidad sin considerar otras pruebas, la misma que se basa solamente en el emplazamiento conlleva a una serie de supuestos no contemplados en la norma en cuestión, en otras palabras, a pesar de la fiabilidad de la prueba del ADN, no es posible declarar la paternidad por el simple hecho de la negativa cuando esta se convierta en ausencia involuntaria.

El problema principal que vemos es que se podría presentar es el debido emplazamiento al demandado, pues de darse el caso que se presente un indebido emplazamiento o que simplemente se proporcione una dirección domiciliaria inexistente o inexacta, se estaría atentando con una de las garantías de la Administración de Justicia, cual es la del DEBIDO PROCESO, la cual comprende el Derecho de Defensa del demandado,

quedando de manifiesto éste en el debido emplazamiento, que no sólo importa tal, sino la posibilidad de citar y hacer valer los medios legales, técnicos y de defensa para los justiciables que prevé nuestro Ordenamiento Jurídico Procesal, lo cual resalta la actualidad del presente ensayo, siendo que la institución de la filiación extramatrimonial se ha visto modificada y reformada en el transcurso de los últimos años por lo cual corresponde su respectivo análisis.

4.4.2. De la actuación de medios probatorios

La ejecución de la prueba del ADN es ineludible, son impertinentes las tachas, los fundamentos de hecho en un escrito de contestación o cualquier otro argumento tendiente a desnaturalizar la efectividad del proceso. La norma indica de manera expresa que el costo de la prueba debe ser asumido por la parte demandante que, como sabemos, en la mayoría de los casos es la madre, quien en la mayoría de los casos es una madre soltera que trabaja, cría y educa, mantiene el hogar y que dinero no le sobra –al con erario lo corriente es que sus ingresos estén al corriente con sus gastos- a ello, cargarlo con el costo de la prueba del ADN nos parece injusto. En casos especiales deberá pedir auxilio judicial^[3] para la defensa de sus intereses, situación que poco puede ayudarla pues debe sufragar la prueba en caso de oposición. La idea no es que el Estado asuma el valor del ADN en casos de indigencia, pero debe darse alguna solución al tema, lo cual nos lleva a pensar ¿por qué no la paga el que se opone?, al final de cuentas es quien está haciendo uso del derecho de defensa a través de su oposición.

Otra propuesta que podemos hacer al presente, es la posibilidad de poder interponer medidas cautelares, la misma que deben ser solventada por el demandado, existiendo la posibilidad en algunos casos de exigir contracautela –ello en razón de los medios de prueba presentados-, siendo lo más justo que esta demanda de paternidad implique también un precio al demandado, el mismo, que sería reembolsado en caso de que la prueba genética lo descarte.

4.4.3. De la ponderación de Derechos Fundamentales

La persona es un ser absolutamente único, singular e irrepetible con una perfecta unidad de cuerpo y alma, su identidad personal que, como bien nos dice Carlos Fernández Sessarego, es la manera de ser como la persona se realiza en sociedad, con sus atributos y defectos, con sus características y aspiraciones, con su bagaje cultural e ideológico y, como derecho, es aquel que tiene todo sujeto a “ser él mismo”, mostrándose como derecho fundamental de la persona ^[4]. Al analizar la Ley N° 28457, podemos señalar que se da una solución de fondo y de forma. Se declara una paternidad a falta de voluntad expresa, reconociéndose exclusivamente la verdad biológica aunque no coincida con la socio afectiva, siendo esto último discutible ^[5].

Pero algunos críticos señalan que existe un enfrentamiento de derechos en la Ley acotada, entre el derecho a la intimidad (por ende libertad) y el derecho a la identidad.

Frente a esta posición, creemos que el sometimiento a las pruebas biológicas es una colaboración obligatoria, que no atenta contra el derecho a la intimidad o libertad, dado que, las técnicas averiguación de la paternidad son sencillas y no implica ningún grado de violencia sobre el demandado, quien en salvaguarda de sus derechos, puede solicitar la reserva del caso, más aún, el proceso se hace más eficaz y veloz, siempre y cuando se respete el debido proceso.

En razón al derecho a la intimidad, tenemos una posición muy particular, si bien es cierto el derecho a la identidad es un derecho fundamental –los cuales son absolutos, pero admiten restricciones debidamente

[4] FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares, En: La familia en el derecho peruano, Lima, PUCP, 1990, p. 197.

[5] VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, El proceso de Filiación Extramatrimonial, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 74.

fundamentadas-, el legislador debe regular mecanismo que salvaguarden la unidad familiar frente a la verdad biológica -en determinados casos-, priorizando acá un principio básico familiar “el interés superior del niño”, dando esta responsabilidad al juzgador quien en ejercicio de su capacidad discrecional cumplirá dicha tarea.

CAPITULO V

ANALISIS SOBRE EL PROCESO DE FILIACION DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL REGULADO POR LA LEY Nº 28457.

5.1.- CARACTERISTICAS DEL PROCESO.

La Ley Nº 28457 al establecer el procedimiento de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, ha generado un proceso con características especiales que se deben tener en cuenta y no deben confundirse con el trámite de los procesos ordinarios regulados por nuestra normatividad procesal civil.

En tal sentido, podemos establecer como características de este proceso las siguientes:

5.2.- ES UN PROCESO ESPECIAL.

Del análisis de la propia Ley 28457, se evidencia que el trámite que se debe seguir tiene naturaleza especial, ya que no se ha señalado expresamente que se lo realice de acuerdo a los cauces de los procedimientos regulados en el Código Procesal Civil; ni se adecua a ninguno de ellos; teniendo por tanto sus propias particularidades.

5.2.1.- De los Lineamientos del Proceso:

Este proceso especial está estructurado en base a los siguientes lineamientos:

1.1.1. Modernidad: Como hemos indicado, se trata de un proceso actualizado de acuerdo a la efectividad de los avances bio-científicos. Su justificación radica en el hecho de que tomando en cuenta el grado de certeza del ADN debiera existir un proceso que utilice y reconozca dicho resultado de manera directa y primaria

(no en segundo plano), creando un trámite judicial especial, de por sí innovador.

1.1.2. Proceso sui géneris: Algunos refieren que se trata de un proceso especialísimo, otros de un proceso monitorio en el entendido que funciona, más que a manera de advertencia, de exigencia en la declaración de paternidad. La realidad es que este proceso cambia todas las reglas de investigación filial presentando un *modelo ejecutivo* de averiguación del estado (decimos ejecutivo en un sentido netamente académico dado que no podemos equivalerlo).

Este proceso se fundamenta, es decir, tiene su ratio essendi, en la fuerza y contundencia de los resultados genéticos que pueden obtenerse del ADN (99.99 % de efectividad), desbordando los axiomas jurídicos que con el devenir de los años colmaron los expedientes (páginas, folios, fojas de defensas y contradefensas) truncando la vida de tantas personas que, sin padre ni gloria, vieron disminuidos sus derechos de entroncamiento familiar.

Esta tendencia es tomarse en cuenta que la identificación genética por ADN ya que es un valiosísimo recurso para una administración de justicia, rápida y justa, que posibilita una considerable economía de tiempo y dinero.

1.1.3. Acceso a la justicia: Este proceso estimula la canalización de acciones de filiación tomando en cuenta la realidad existente sustentada en trámites judiciales farragosos que desalientan a los litigantes y sus pretensiones de tanta trascendencia. El acceso a la

justicia es un derecho fundamental de todo ciudadano y un deber del Estado. Es, el componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva con el que lograremos sociedades más justas y democráticas. Como se indica en su noción, el acceso a la justicia requiere necesariamente mirar más allá de los tribunales", no basta que la ley sea efectiva, es necesario contar con un proceso eficiente que cumpla los objetivos de las normas lo que logra, al menos, facilitar bastante esta nueva ley.

5.3.- LA DEMANDA SE DEBE BASAR EN EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 402º, INCISO 6) DEL CODIGO CIVIL.

De manera general se tiene que el artículo 402º del Código Civil establece cuales son los supuestos para que la paternidad extramatrimonial pueda ser declarada judicialmente, plasmando los mismos en los seis incisos que dicha norma contiene. Sin embargo, no en todos ellos el Juzgado de Paz Letrado resulta competente, ni se aplica lo establecido en la Ley Nº 28457.

En efecto el supuesto para la aplicación de la Ley Nº 28457, y, para su conocimiento por los Juzgados de Paz Letrados, es el establecido en el inciso 6) del artículo 402º del Código Civil; según el cual se debe acreditar el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. En los demás supuestos se seguirá el trámite ante los órganos jurisdiccionales y en el proceso pertinente.

Debemos precisar sin embargo que pese a que la norma parece ser clara, se advierte que ante el despacho de los Juzgados de Paz Letrados, se presentan demandas basadas en supuestos distintos al inciso 6) del Código Civil, requiriendo que ante ello se expida el mandato correspondiente y se apliquen las normas de la ley Nº 28457; y, por otro lado, que existen demandas que pese a estar sustentadas jurídicamente en las disposiciones de la Ley Nº 28457; no se señala dentro de su

fundamentación fáctica que la acreditación de la paternidad entre el presunto padre y el hijo, se dé a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza; no ofreciendo tampoco dichas pruebas, sino otros medios probatorios, que no resultan pertinentes en este proceso.

Como se ha dicho, no se puede tramitar ante los Juzgados de Paz Letrados la pretensión de Filiación Extramatrimonial, basada en supuestos distintos al que contiene el inciso 6) del Artículo 402º del Código Civil: Por otro lado, cuando las demandas se basen en dicho supuesto, deben sustentarse fácticamente en que la acreditación de la paternidad entre el presunto padre y el hijo, se dé a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, siendo dicha prueba el único medio idóneo para el proceso; y, en tal razón, se hace obligatorio su ofrecimiento con la demanda para poder calificarla positivamente, emitir mandato; y, dependiendo de su actuación o no, y, su resultado; establecer las conclusiones que al respecto la ley establece.

Debemos aclarar acá que la obligación del ofrecimiento de dicha prueba corresponde a la parte demandante, y, se debe dar obviamente en la demanda, ya que como acto postulatorio del proceso es acá cuando se la debe ofrecer. Se precisa esto ya que es común ver que existe la creencia que debe ser el emplazado quien ofrezca dicha prueba. Ello no es correcto, ya que si bien la oposición que pueda plantear el demandado solamente se puede basar en que éste se obligue a realizarse la prueba del ADN, ello no implica que el deba ofrecer la prueba, ya que se entiende que su sometimiento a ella justamente se da por cuanto ya ha sido ofrecida con la demanda, más allá que ese debe ser el sustento de la misma.

5.4.- LEGITIMIDAD ACTIVA Y PASIVA.

El supuesto para este proceso, conforme al inciso 6) del artículo 402º del Código Civil, es que se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, y, en tal razón serán padre e hijo, quienes estén legitimados para actuar en el proceso.

- 1.2. La legitimidad para obrar activa:** La regla general que contempla el Código civil¹⁸ es que las acciones de paternidad son personales lo que corresponde solo al hijo.

Es éste quien tiene la legitimidad para obrar pudiendo la madre actuar en su representación si el hijo fuera menor de edad. La nueva ley permite a "quien tenga legítimo interés" poder accionar en paternidad a favor de un tercero.

Este es un cambio importante en el que se toma en cuenta el interés moral o familiar (art. VI del Título preliminar del Código civil) para iniciar la acción. Puede aludirse que esto implica una intromisión en la intimidad de la persona al decidir en su nombre, y por ella, investigar su esencia filial pero tratándose de una acción iniciada en defensa de los intereses del menor puede ser justificable, amparable en el sentido de que sus efectos repercutirán tanto en el aspecto personal y colectivo.

- 1.3. La legitimidad para obrar pasiva:** Recae en el presunto padre que se señale en la demanda; el mismo que será quien cumpla con el mandato de reconocimiento de paternidad; o se oponga al mismo, sometiéndose a la prueba del ADN.

5.5.- DEL JUEZ COMPETENTE

Es competente para conocer los procesos de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial el Juez de Paz Letrado¹⁹.

¹⁸Código civil, Artículo 417.- Titular y destinatario de la acción: "La acción que corresponde al hijo en el caso del artículo 415 es personal, se ejercita por medio de su representante legal y se dirige contra el presunto padre o sus herederos. Estos, sin embargo, no tienen que pagar al hijo más de lo que habría recibido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado"

¹⁹ Ley N° 28457, **Artículo 57°:** Los Juzgados de Paz Letrados conocen; **inc. 8:** De las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402° inciso 6) del Código Civil.

Un proceso de mero trámite no requiere ser visto por un juez especializado, además, la competencia de paz es más accesible a los justiciables, tanto por razones geográficas como sociales.

La Filiación es un tema tan de la de vida que este juez es el más idóneo para conocerlo, a través de este proceso y de su canalización en esta competencia se busca una cultura de paz en la medida que se trata de prevenir conflictos personales y sociales, todos en general, desde sus orígenes. Finalmente, se logra descargar la labor de los jueces especializados en familia.

La filiación como tal y con las pruebas aportadas por la ciencia puede ser tratada perfectamente por el juez de paz, además requieren de un proceso ágil y rápido.

5.6.- NATURALEZA DE LA RESOLUCION QUE ADMITE LA DEMANDA.

La resolución admisorio que emita el Juez debe contener un mandato a través del cual se ordene al demandado cumpla con realizar el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial que le atribuye el demandante, bajo apercibimiento de que dicho mandato se convierta en declaración judicial de paternidad. Ahora bien, tal apercibimiento se hará efectivo si es que el demandado no cumpliera con lo ordenado, o no formulase oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado, ya que si esto último ocurre, el mandato se suspende y corresponde entonces realizarse la prueba del ADN.

5.7.- DEL DERECHO DE DEFENSA DEL DEMANDADO.

El mandato que emita el Juez debe ser cumplido de manera personalísima por el demandado, sin embargo éste y dentro del plazo de diez días de notificado podrá plantear oposición, pero dicha oposición sólo podrá tener como sustento el hecho de que el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes. El ADN, será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo.

El hecho de que la ley haya previsto la posibilidad de la oposición por parte del emplazado, garantiza su derecho de defensa de éste; y, regula

también las consecuencias de su actuación, de los resultados de la misma; y, también el modo de proceder si es que el oponente no cumpliera con la realización de la prueba, pese a que se obligó a la misma. Las consecuencias de ello tienen incidencia directa en el demandado y con el resultado del proceso.

5.8.- EXCEPCIONES

Como medio de defensa del demandado, el proceso no admite expresamente plantear excepciones lo que no implica que este prohibido, ya que de lo contrario significaría legitimar un defecto de forma en el proceso (incompetencia, incapacidad, pleito pendiente, cosa juzgada), por mencionar algunas resultando incoherente y no ajustado a derecho.

5.9.- LA REALIZACION DE LA PRUEBA DEL ADN, SI BIEN ES NECESARIA, NO ES INELUDIBLE PARA EL RESULTADO DEL PROCESO.

Ya hemos dicho que el ofrecimiento de la prueba del ADN, es necesario para la presentación de la demanda y calificación de la misma, sin embargo su actuación no es ineludible ni imprescindible para obtener la declaración judicial de paternidad.

Esto se explica fácilmente del siguiente modo:

5.9.1.- De la Oposición

La oposición es el ejercicio del legítimo derecho de defensa del demandado. Se realiza de forma expresa y la prueba genética es un requisito para su procedencia. No vale oponerse con argumentos, en todo caso éstos deben ser confrontados con la prueba. La calificación de la oposición depende del resultado de la bio-prueba, declarándose fundada si el examen descarta la paternidad e infundada si produjera un resultado de inclusión del vínculo, convirtiéndose el mandato en declaración de paternidad.

- Si el emplazado formula oposición, pero en la misma no se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dicha oposición será desestimada, y, también se decretara la declaración judicial de paternidad; sin que se haya actuado la prueba del ADN.

- Si el emplazado formula oposición, y, pese a haberse obligado a realizarse la prueba biológica del ADN, por causa injustificada no cumple con ella; dicha oposición será declarada improcedente, y, también se decretara la declaración judicial de paternidad; sin que se haya actuado la prueba del ADN.

Entonces, el emplazado se encuentra en la posibilidad de cumplir con el mandato, o de oponerse al mismo realizándose la prueba del ADN, ahora bien si no se somete a la prueba por causa injustificada se genera en su contra una conclusión negativa, la misma que se hará efectiva luego de que se le haya brindado la posibilidad de ejercer su derecho de defensa.

5.9.2.- La no Oposición

El demandado puede abstenerse del derecho de defensa. No se opone, restándole solo esperar la notificación de la sentencia que lo certificará como progenitor legal del hijo que en demanda se lo solicitó, en este caso se trata de una oposición ficta.

Entonces, la falta de oposición puede ser expresa mediante recurso de aceptación de la paternidad demandada, formulando allanamiento o reconocimiento de la demanda, sencillamente una forma de terminar un proceso que tiene como respaldo una prueba cuya génesis sólo conocen las partes.

- Si el emplazado, luego de diez días de haber sido notificado válidamente, no formula oposición o no realiza el reconocimiento ordenado, se decreta la declaración judicial de paternidad; sin que se haya actuado la prueba del ADN.
- Si el emplazado formula oposición, y, pese a haberse obligado a realizarse la prueba biológica del ADN, por causa injustificada no cumple con ella; dicha oposición será declarada improcedente, y, también se decretara la declaración judicial de paternidad; sin que se haya actuado la prueba del ADN.

5.10.- DEL TRÁMITE DE LA PRUEBA DEL ADN.

Una vez que el demandado ha planteado oposición obligándose a realizarse la prueba del ADN, luego de los trámites correspondientes para practicar dicha prueba, se fijará fecha para audiencia especial en la cual se tomarán las muestras, del padre la madre y el hijo.

El resultado de dicha prueba tiene incidencia directa en el resultado del proceso. Así, si la prueba produce un resultado negativo la oposición será declarada fundada; y, obviamente la demanda será rechazada; además el demandante será condenado al pago de costas y costos del proceso. Por su parte, si la prueba produce un resultado positivo la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado al pago de costas y costos del proceso.

Cabe precisar que la norma prevé que el pago del costo de la prueba será cancelado por el demandante; o podrá solicitar auxilio judicial; sin embargo este último supuesto resulta de difícil concreción.

5.10.1.- Costo de la prueba

La norma indica de manera expresa que el costo de la prueba debe ser asumido por la parte demandante que, como sabemos, en la mayoría de los casos es la madre. Una madre soltera que trabaja, cría, educa, mantiene el hogar y que dinero no le sobra, al contrario lo corriente es que sus ingresos estén a la par en sus gastos, no parece nada justo cargarla con tremendo gasto. Un proceso judicial implica un costo y a éste se suma la realización de la experticia, nada barata. En casos especiales deberá pedir auxilio judicial para la defensa de sus intereses situación que poco puede ayudarla pues debe sufragar la prueba en caso de oposición. Entonces la solución planteada a través de este proceso especialísimo puede verse truncada por la imposibilidad económica de la parte demandante a lo que nos preguntamos, y ¿Por qué no la paga el que se opone? al final de cuentas es quien está haciendo uso del derecho de defensa a través de la oposición. Punto interesante, la

demanda de paternidad implicaría un precio al demandado que sería reembolsado en caso la prueba genética lo descarte.

El magistrado puede disponer que el demandado abone dicho pago, siempre que la demandante por su condición de indigente devenga en el proceso con auxilio judicial y no pueda abonarla, lo que constituirá suficiente fundamento para disponer que el demandado abone el costo de la prueba genética de ADN, de lo contrario, se estaría poniendo en estado de indefensión a la demandante y como consecuencia en peligro su subsistencia y la de quienes de ella dependan; vale decir, afectando sus derechos constitucionales. Por estas razones, aplicando el control difuso, prefería la norma constitucional ante una norma legal según el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política, en este contexto hay que interpretar los alcances del artículo 2° de la ley N° 28457, para evitar la aplicación literal del que el costo de la prueba del ADN sea abonado en exclusiva por el demandante. Importa recordar que el magistrado no es mero aplicador de la ley, sino un verdadero aplicador del derecho a resolver un determinado caso.

5.10.2.- Inversión de la carga de la prueba

La inversión de la carga de la prueba constituye una excepción al principio "quien alega debe probar", contemplado en el artículo 196 del Código adjetivo. Si bien lo común es que quien alegue un hecho debe probarlo, se ha previsto la posibilidad del traslado de la carga de la prueba al demandado por disposición *ex lege*, lo que obedece a un fin práctico que facilite a quien alegue un hecho demostrar la verdad o falsedad de este, sin tener la carga procesal de probarlo, en mérito de factores razonables, en este caso la efectividad de la prueba genética, el interés del niño.

Las reglas de la carga de la prueba se resumen en tres principios jurídicos fundamentales:

Onus probandi incumbit actori: El demandante debe probar los hechos que fundan su pretensión.

Reus, in excipiendo, fit actor: El demandado que excepciona simula ser actor debiendo probar los hechos de su defensa.

Actore non probante, reus absolvitur: El demandado será absuelto si el demandante prueba los hechos fundamento de su pretensión.

En principio, la carga de la prueba le correspondería a la madre e hijo, pero por disposición de la Ley 28457 se invierte y es trasladada al padre. El resultado de la prueba de ADN constituye una verdad biológica que escapa a las presunciones y las debilita. Quien está en mejor condición para el ofrecimiento y actuación de la prueba de ADN es el padre.

En este proceso de filiación corresponde al demandado la incumbencia de probar su no paternidad, *mutatis mutandis* es decir la pretensión de filiación extramatrimonial que le es demandada en torno a un sustento probatorio definitivamente categórico que debe ser usado en su defensa. En efecto, en caso de que el demandado incumpla someterse a la prueba de ADN, el mandato del juez se convertirá en declaración judicial de paternidad. El demandado deberá soportar las consecuencias de su inactividad probatoria.

5.11.- DEL RESULTADO DEL PROCESO.

Conforme a lo que se ha explicado, y, según lo que se haya actuado se emitirá la resolución respectiva que ponga fin al proceso.

En los casos que se ampare la pretensión se tendrá por declarada judicialmente la paternidad, ordenando que se anote la misma en la partida de nacimiento del demandante, cursándose los partes al registro respectivo, donde se deberá realizar la anotación del caso, y, de conformidad con la Ley N° 29032 se deberá extender una nueva partida o acta de nacimiento.

5.11.1.- DE LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS.

La resolución que ponga fin al proceso, podrá ser apelada dentro del plazo de tres días. El Juzgado de Familia es el órgano encargado de la revisión correspondiente y deberá resolver en un plazo no mayor de diez días.

5.12.- DE LAS CRITICAS AL PROCESO REGULADO POR LA LEY N° 28457.

Como se había adelantado, a nivel doctrinario e incluso judicial existen posiciones que consideran a la Ley N° 28457 inconstitucional argumentando esencialmente que se vulnera el derecho de defensa y a un debido proceso del demandado.

No corresponde acá, entrar en defensa o polémica sobre dicho tema; sin embargo no compartimos ese criterio; ya que; como se ha dicho, la norma si prevé el derecho de defensa del demandado, y, no se vulnera el debido proceso; por lo tanto consideramos que la regulación que la Ley N° 28457 establece es válida.

Más allá de ello, se debe tener en cuenta que el Derecho no puede permanecer ajeno al avance de la ciencia y la tecnología, sino; cuando corresponda, se debe valer de ella para la solución de los conflictos que se presenten en la inter-relación humana, conclusión que resulta perfectamente aplicable a los casos que se deben resolver conforme al procedimiento establecido por la Ley N° 28457

5.13.- LA PRETENSIÓN DE FILIACIÓN PREVISTA EN LA LEY 28457 NO SE SUSTENTA EN EL RESULTADO DE LA PRUEBA DE ADN.

La ley 28457 establece un proceso especial (con características y trámites diferentes de las existentes en las vías procesales reguladas en las normas procesales nacionales), el que no tiene sustento de derecho material para la declaración judicial de la filiación. Es un caso de declaración de filiación que no se subsume ni se ubica en ninguno de los supuestos del art. 402 CC, tampoco la pretensión se sustenta en la prueba de ADN, pues si analizamos con detenimiento la ley apreciaremos que el proceso se origina a pedido de parte interesada, siendo el interesado en la declaración de filiación el hijo no reconocido, quien es el titular del derecho, que en el caso de ser menor de edad puede ser representado por la madre o padre que ejerce la patria potestad del menor, es decir por el progenitor que lo ha reconocido legalmente; a este pedido el Juez expedirá resolución declarando la filiación demandada, resolución que contiene un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión, emitida a

solo mérito del pedido de la parte interesada; de acuerdo a la norma el Juez no requiere de la prueba del ADN para resolver la petición de filiación, dicha prueba es un elemento para resolver un acto diferente que viene a constituir la oposición del demandado al mandato judicial:

Artículo 1 segundo párrafo.- “Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado validamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad”.

El demandado puede formular oposición al mandato judicial en el término de diez días y siempre que se obligue a realizarse la prueba del ADN.

5.14.- ASPECTOS PROCEDIMENTALES RESPECTO A LA FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL.

Cabe advertir que no hace mucho tiempo (el 08ENE2005) salió publicada la ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, trayendo consigo innovaciones en materia procesal respecto a tal declaración, pues se trata de una ley especial que determina la competencia y la vía procedimental solo para las pretensiones que se sustentan en el inciso sexto del art. 402° del Código Civil, siendo esto así constituye una ley que ha sido dada por el Congreso de la República en uso de las facultades conferidas por el artículo 103° de la Constitución Política del Estado, pudiendo expedirse leyes de carácter especial porque así lo exige la naturaleza de las cosas, y no por razones de diferencias de personas, constituyendo una fórmula diferenciada respecto a las demás causales para declarar la filiación judicial extramatrimonial, entiéndase a los cinco restantes supuestos previstos en el art. 402°), ello debido a las siguientes razones:

En primer lugar la medida especial de regular el proceso de reclamación de paternidad para aquellas pretensiones que se sustentan en la causal del inciso sexto del art. 402° del Código Civil, constituyendo política legislativa en materia social establecida por el Estado, promoviendo el reconocimiento de la filiación por parte de los presuntos progenitores, fomentando la plena vigencia de los derechos humanos y la asunción de la paternidad responsable.

En segundo lugar, nuestra realidad social ha conllevado a que se opté por un procedimiento especialísimo para dilucidar tal reclamación y no estar sometido a las reglas previstas para la vía procedimental de proceso de conocimiento, teniendo en cuenta la certeza de la prueba genética del ADN.

Ahora, con la modificación efectuada por la ley N° 28457 que establece una competencia especial a los Juzgados de Paz Letrado y una vía procedimental propia especial, conociendo en grado los Juzgados Especializados de Familia, y que tal opción adoptada por el legislador, si bien es cierto no resulta ser inconstitucional, incluso se ha modificado la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto a competencia de los Órganos Jurisdiccionales, no es menos cierto que dicha competencia dada a los Juzgados de Paz Letrado, podría traer consigo cierto problemas, como que quien resuelva no sea el órgano jurisdiccional más adecuado ni especializado para ello, con la atingencia que para cumplirse el principio de Doble Instancia en caso de apelación ya no sea Sala de la Corte Superior.

Otro problema trascendental que se podría presentar es lo concerniente al un debido emplazamiento al demandado, pues de darse el caso que se presente un indebido emplazamiento o que simplemente se proporcione una dirección domiciliaria inexistente o inexacta, se estaría atentando con una de las garantías de la Administración de Justicia, cual es la del **Debido Proceso**, la cual comprende el Derecho a Defensa del demandado, quedando de manifiesto éste en el debido emplazamiento, que no sólo importa tal, sino la posibilidad de citar y hacer valer los medios legales, técnicos y de defensa para los justiciables que prevé nuestro Ordenamiento Jurídico Procesal, ante lo cual debe tomarse todas las providencias del caso para efecto de establecer un real y válido emplazamiento.

Resulta oportuno traer a colación lo previsto en la Cuarta Disposición Complementaria de la ley en referencia, que dispone que los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en dicha ley, ello concordante con la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil, que dispone que las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, en mi parecer deberían adecuarse los procesos en trámite al procedimiento establecido, por varias razones, una de ellas es que al estar

sustentada la pretensión de declaración judicial de filiación al inciso sexto del art. 402°, resultaría engorroso someterse a las reglas previstas para la vía procedimental de proceso de conocimiento, habida cuenta que se basa en la realización de la prueba científica del ADN.

En la investigación sobre la filiación siempre van a existir intereses contrapuesto, es la ley de lucha de contrarios, la antinomia, la misma dialéctica, pero por encima de ello está el interés superior de toda persona, su derecho universal a su propia identidad, de conocer quién es su progenitor, incluso sobre el supuesto derecho a la intimidad del reclamado, y que en la doctrina constitucional se halla enmarcado para dilucidar y prevalecer el Principio de Razonabilidad, el cual permite la prevalencia de un bien jurídico sobre otro, es allí donde se presenta el límite de un derecho constitucional frente a otro.

5.14.1.- Declaración judicial sobre el fondo sustentada solo en actos procesales.

En consecuencia el Juez resuelve la pretensión no en base a un derecho sustantivo, sino en base a *un acto procesal del demandante* de petición, quedando la resolución como declaración de paternidad en base a *la inactividad o actividad procesal del emplazado*, siendo tres los supuestos:

- a. Si no se da el acto procesal del demandado de oposición al mandato.
- b. Si formulando oposición el demandado no se practica la prueba de ADN.
- c. Si practicada la prueba de ADN dentro del incidente de oposición, el resultado es positivo, por lo que la oposición se declara infundada.

Quedando en claro que la ley 28457 no tiene sustento de derecho material para la declaración judicial de filiación o paternidad de hijo extramatrimonial, no estando en ninguno de los supuestos legales del art. 402 CC, ni tampoco en otra norma sustantiva; lo que es importante para

determinar la ilegalidad de la norma y de aquellas resoluciones de declaración de paternidad dictadas al amparo de esta ley en jurisdicción nacional; no estando permitido en nuestro sistema de derecho este tipo.

CAPITULO VI

ANALISIS DE LA LEY 30628

1.- INTRODUCCIÓN

La reciente Ley 30628, publicada el día 3 de agosto del presente año, ha modificado los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 28457, que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, y el propio Código procesal civil. Ante los recientes anuncios del Gobierno de la gratuidad de las pruebas de ADN, debemos aclarar que la norma no dice que el costo será asumido por el Estado

Se plantea que el precio de la prueba de ADN sea abonado por el demandado al laboratorio privado que se encargue de realizar la prueba. Si es la parte demandante quien asume el costo de la prueba en el laboratorio privado, el demandado deberá reintegrarle el costo en el supuesto de que el resultado sea positivo a la paternidad.

En definitiva, los aportes de la nueva Ley consisten en la exoneración del pago de las tasas judiciales y de la firma de abogado para la presentación de la demanda (art. 424, inc. 10 del CPC).

Con rapidez, un sector de la doctrina se ha hecho eco de las modificaciones a la mencionada Ley, y es el profesor Cavani quien ha resaltado la “inconstitucionalidad de la sanción procesal prevista en la Ley de filiación extramatrimonial”.

De acuerdo al art. 2 de la nueva ley, ante la falta de oposición, o existiendo ésta, la omisión de practicarse la prueba de ADN de parte del presunto padre, el juez va a declarar la paternidad, aún a costa de que no sea el verdadero padre.

Lo que es importante, y conviene resaltar, es que el hijo tiene derecho a su identidad, a conocer a su verdadero padre biológico, pero no a que se le atribuya “cualquier padre”. ¿Dónde queda la protección del principio del Interés Superior del Niño (ISN)? Advertimos que se está dando una vulneración total. Además, el derecho a conocer la verdad biológica, es un derecho que está reconocido en la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y que se deriva del derecho a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad.

El art. 7, inciso 1, establece que: El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

De igual manera en el art. 8.1 de la CDN se establece que: Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

De igual modo, en el art. 6 de Código de Niños y Adolescentes (CNA), el legislador regula que:

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

Afirma Cavani que, con las nuevas modificaciones a la Ley 28457:

“todo parece indicar que la sanción procesal fue consagrada para generar un incentivo a los presuntos padres a que se practiquen la prueba de ADN (“si no eres padre, entonces hazte la prueba”), pero, en realidad, lo que hace es romper completamente con el objetivo de buscar la verdad y, así, tutelar el derecho de identidad del demandante constitucionalmente garantizado. Esta sanción, en realidad, más allá que “incentivar”, lo que hace es traicionar su propia finalidad y generar un agravio muy grande en la esfera jurídica del demandado: ¿por qué? Porque exige a los jueces que declaren la filiación de un padre respecto de alguien que bien puede no ser su hijo. Cabe preguntarse, por tanto: ¿para qué tener una prueba de ADN si, al final, una declaración de filiación podría ser completamente falsa? Por ello, una medida legislativa mucho más adecuada sería, ante la falta de oposición o, existiendo ella, la falta de práctica de la prueba de ADN dentro del plazo legal, ordenar la comparecencia de grado o fuerza del presunto padre y hacer efectiva la detención a fin de que se tome muestra del material genético. No se requeriría de ningún apercibimiento, porque eso ya estaría en la ley. Por supuesto: se trata de una violación al derecho a la integridad

física, pero en este caso se trata de privilegiar el derecho a la identidad biológica del demandante a fin de forzar la producción de la prueba”.

Asimismo, Cavani señala que no se trata propiamente de una presunción, al no existir ningún razonamiento presuntivo que determine la probanza de un hecho a partir de otros (los llamados indicios), por lo que no habría valoración de la prueba en la declaración de paternidad como sanción.

Como bien sabemos, un complemento de la prueba judicial son las presunciones, que no son simples sospechas o indicios de la realidad de los hechos, sino deducciones razonables, a partir de otro hecho probado: de la existencia de otro no probado pero que depende, de acuerdo al sentido común, de aquel ya probado. En la Ley de filiación judicial de paternidad extramatrimonial se habla de presumir la paternidad de quien se niega a someterse a la prueba.

2.- COMENTARIO

La reclamación de la paternidad extramatrimonial está regulada en el Código civil, en el artículo 402, por lo que se tiene que alegar alguno de los supuestos de hecho mencionados en él –se trata de un sistema cerrado de causales- y ha sido modificado por las Leyes 27048, en 1999, 28457 en 2005, ésta última es la que ha vuelto a ser modificada por la Ley que nos ocupa, la 30628. Pero advertimos que, desde el inicio, estas leyes con las sucesivas modificaciones parciales que se han hecho, no han sido satisfactorias en lo referente al régimen de filiación extramatrimonial, tal como lo ha advertido la doctrina civilista⁴.

Los medios previstos en la Ley 28457 para la promoción del derecho del niño a conocer a los padres resultan restricciones gravosas de los derechos a la intimidad y a la integridad del presunto progenitor. Así lo podemos apreciar cuando en su artículo 1° se dispone que:

“Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juzgado de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

Ante la cual, si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el juzgado declara la paternidad

extramatrimonial y dictará sentencia pronunciándose además sobre la pretensión de alimentos”.

Es así que, por haberlo dicho la parte demandante y, sin que medie ningún principio de prueba, quedará determinada la paternidad extramatrimonial. Como bien puede apreciarse, la Ley 28457 evidencia un retorno a la máxima del ancien droit, *creditur virgini pregnant*, según la cual, sea creída la virgen preñada, que manifieste el nombre del varón que la dejó en tal estado. Además, el único modo de contradecir la demanda es aceptar someterse a la prueba de ADN y si se niega, el juzgado tiene la facultad de determinar la paternidad extramatrimonial, de esta forma, se obliga al demandado a la actuación de las pruebas biológicas, la negativa debe tener valor indiciario, pero no puede ser considerada como una *confessio ficta* de paternidad.

Por todo lo anterior, se puede afirmar, que la Ley 28457 es inconstitucional, pues no respeta el principio de proporcionalidad, existe una vulneración del derecho a la libertad individual, del derecho al debido proceso, del derecho al nombre y a la identidad. Por ello, ha sido una constante desde su publicación que algunos jueces hayan aplicado el control difuso, revocando las sentencias de los Jueces de Paz letrado por haber declarado la paternidad extramatrimonial, en aplicación de la mencionada ley, pero no es suficiente, pues cabe la abstención, por parte de los jueces, en pronunciarse sobre la validez de la norma, y emitir sentencias de acuerdo a la mencionada ley, al considerar que no es inconstitucional, porque no se vulneran los derechos fundamentales sino que solamente los restringe para proteger el Interés Superior del Niño (ISN).

En el ámbito del Derecho comparado, el Tribunal Constitucional español en la sentencia 29/2005 de 14 de febrero, concedió amparo al demandante frente a una sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo, que declaraba la existencia de una filiación extramatrimonial en base a la negativa del demandado a someterse a la prueba de ADN, acordada por el Juzgado de primera instancia.

El Tribunal Constitucional, destaca Bercovitz, recordaba que la negativa no puede ser equiparada a una confesión de paternidad, sino que debe valorarse conjuntamente con las demás pruebas practicadas. Lo que implica que si esas otras pruebas no permiten afirmar la existencia de relación alguna entre el

demandado y la madre de la menor cuya filiación se reivindica –ni siquiera de amistad, como era el caso-, es lógico rechazar la pretensión de paternidad en cuestión, a pesar de esa negativa con respecto a la prueba biológica. Semejante doctrina pretende evitar que cualquier varón se vea obligado a someterse a pruebas biológicas desde el momento en que sea admitida a trámite una demanda de paternidad dirigida contra él, aunque la misma carezca de fundamento. De ahí que la sentencia del Tribunal Constitucional entendiese que la del Supremo objeto del recurso de amparo infringía el artículo 24 de la Constitución (el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva).

El Juez Constitucional español se apoya en lo dispuesto en el artículo 127 del Código civil en cuanto que “admitida la demanda si con ella se ha presentado un principio de prueba de los hechos en que se funda, será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”. Por lo que, para evitar el peligro de desproporción a la hora de practicar las pruebas biológicas de paternidad, quedaría excluido cuando el demandante cumple con “su obligación inicial de aportar un principio de prueba acompañando al escrito de demanda, que fue el que permitió en su momento admitirla”. En este sentido, concuerdo con lo planteado por Cavani en que sería factible que se pueda ordenar la comparecencia de grado o fuerza del presunto padre para la toma de las muestras de ADN, protegiendo de esta manera el derecho a la identidad biológica del demandante. De esta manera, la investigación de la paternidad debe llevarnos a conseguir, en el caso que nos ocupa, la filiación extramatrimonial, que debe obedecer a la verdad biológica. En Colombia, mediante la Ley 721 del 24 de diciembre de 2001, la prueba de ADN es obligatoria, para dilucidar de manera clara, efectiva, eficiente y rápida los procesos sobre filiación. En el mismo sentido, en la República Federal Alemana se permite la práctica forzosa en virtud del principio de sometimiento que obliga a las partes y a los terceros a soportar los exámenes susceptibles de conducir a la verdad biológica, en caso de repetidas negativas injustificadas (art. 372, ZPO, Código procesal civil). Siguen este mismo camino, las legislaciones de Dinamarca, Austria y algunos estados de los Estados Unidos, como California.

CONCLUSIÓN

1. El Principio del Interés Superior del Niño representa el espíritu de la Doctrina de la Protección Integral, materializado en el reconocimiento de los derechos humanos de la infancia, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.
2. El Principio del Interés Superior del Niño debe ser la guía y criterio rector en la toma de decisiones en materia de infancia, lo que a la vez garantizará la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
3. El Principio del Interés Superior del Niño conforma el Bloque de Constitucionalidad a que se refiere el artículo 4º de la Constitución Política del Estado, plasmado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y supone la supremacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de colisión con otros derechos o intereses.
4. El Principio del Interés Superior del Niño exige que los fallos judiciales se sujeten tanto en la forma como en el fondo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de los Niños y Adolescentes.
5. En caso de colisión entre el Principio del Interés Superior del Niño y el Principio del Debido Proceso, deben ponderarse los derechos en conflicto y privilegiarse el primero.
6. El Principio del Interés Superior del Niño se antepone a cualquier otro derecho o interés en controversia.
8. Corresponde a los operadores de justicia de todas las instancias internalizar los alcances del Principio del Interés Superior del Niño y sopesarlo como fundamento de todos los fallos judiciales en materia de infancia.
9. Los operadores de justicia tienen la obligación de hacer suya la línea hermenéutica del Tribunal Constitucional en el sentido de privilegiar sobre cualquier circunstancia el interés superior del niño.

RECOMENDACIONES

1. Lo primordial es preservar el derecho a la identidad y verdad biológica del niño/niña, ante cualquier derecho que pretenda colocar trabas a su correcta aplicación, en base a caprichos injustificados, como lo son los derechos procesales del presunto padre (debido proceso, tutela jurisdiccional y cosa juzgada dentro de un proceso de filiación extramatrimonial), ya que si bien este tiene realmente derechos que están protegidos por el ordenamiento jurídico, entran en controversia con el fundamental del menor a la identidad que guarda relación con el interés superior del niño/niña, el mismo que está por encima de los otros derechos procesales, porque se trata de un derecho que afecta a niños, niñas y adolescentes, por lo que merece una mayor protección.
2. Los juzgadores deben aplicar la ley en los procesos judiciales, sin embargo, si afecta principios supremos, como el referido “interés superior del niño”, deben ellos adecuarse al caso específico, y solucionar el conflicto que pueda generarse (ya sea de carácter ético o legal) y decantarse por una sentencia favorable al menor, a pesar de que ello implique, no aplicar la referida ley.
3. También se debe tener en cuenta que no sólo se está vulnerado el derecho del niño a conocer su verdadera identidad, sino también el derecho del verdadero padre biológico a reconocer a su hijo como tal, ya que de acuerdo al artículo 361° Del Código Civil “Presunción de paternidad”; éste se encuentra desprotegido ante la ley ya que no puede impugnar la paternidad del menor, mientras el presunto padre no renuncie a la paternidad de éste.
4. Se debe tener en cuenta que en lo que respecta al derecho a la investigación de la paternidad, su reconocimiento en el derecho comparado es uniforme y cada vez va teniendo mayor trascendencia. “La ley forja el derecho de toda persona de contar jurídicamente con un padre y una madre. A pesar de que la investigación del nexo filial está amparada

en normas especiales como el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes (y en algunos países en el Código de familia), su reconocimiento constitucional es imprescindible pues fortalece el principio de protección de la familia”

5. Promover la paternidad responsable desde las escuelas, llevando a cabo estrategias de concientización a fin de que en un futuro poder bajar los niveles estadísticos de procesos de filiación extramatrimonial.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARROYO, Juan. (2010). *La identidad en el Perú. Conflictos interculturales en los servicios de documentación. Consorcio de Investigación Económica y Social*. Instituto de Gobierno, Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, Lima, Perú.
2. CORNEJO CHAVEZ, Héctor – "Derecho de Familia Peruano"; Tomo II, Gaceta Jurídica, Novena Edición, Pág. 547 Junio 1998.
3. DOMINGUEZ PLATAS, Jesús, "Las Acciones de Filiación, Encuadramiento General y Funciones de la Posesión del Estado", Edición Revista de Derecho Privado; editorial Madrid, tomo LXXX pág. 462.
4. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares, En: La familia en el derecho peruano, Lima, PUCP, 1990, p. 197.
5. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. (1988). *Derecho de las Personas*. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Librería Studium Editores. Tercera Edición. Lima.
6. GARCÍA CALDERÓN, Francisco – "Diccionario de la Legislación Peruana" – Tomo I-Pág.320
7. MENDEZ COSTA, María Josefa, "Tratado De Derecho Civil", Editorial: la Ley - Buenos Aires, Tomo III, Pág. 1757.
8. MESÍA RAMÍREZ, Carlos. (2004). *Derechos de la Persona; Dogmática Constitucional*. Fondo Editorial del Congreso de la República. Lima.
9. OCHOA G., Oscar E. (2006). *Personas: Derecho Civil I*. Primera edición, Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Texto C.A. Caracas Venezuela.
10. PERALTA ANDIA, Javier Rolando – "Derecho de Familia en el Código Civil» Editorial Moreno S.A., segunda Edición-Enero 1995 Pág. 215.
11. REUBEN, William y CUENCA, Ricardo. (2009). *El estado de la indocumentación infantil en el Perú. Hallazgos y propuestas de política*. Banco Mundial. Lima.
12. RUBIO CORREA, Marcial. (1999). *Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993*. Tomo 1, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año.

13. SIVERINO BAVIO, Paula. (2010). *Derecho a la Identidad Personal: manifestaciones y perspectivas en Gaceta del Tribunal Constitucional “Los derechos fundamentales”*, Primera Edición, Editorial el Búho, Lima Perú.
14. TORANZO ROCA, Carlos. (2006). *Rostros de la democracia: una mirada mestiza*. Primera Edición, FRIEDRICH EBERT STIFTUNG y Plural editores, La Paz Bolivia.
15. TRIVELLI, Carolina. (2005). *Los Hogares Indígenas y la Pobreza en el Perú*. Documento de Trabajo 141. Instituto de Estudios Peruanos. Lima.
16. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Las pruebas heredo-biológicas en la determinación de la paternidad. Tesis para optar el grado académico de Bachiller en Derecho y ciencia política de la Universidad de Lima, junio, 1990, p. 186.

CÓDIGO:

1. CÓDIGO CIVIL; Primera Edición; Actualizada, Sumillada, Concordada – 2008, Editorial Jurista Editores, lima – Perú.
2. CÓDIGO PROCESAL CIVIL; Primera Edición; Actualizada, Sumillada, Concordada – 2008, Editorial Jurista Editores, lima – Perú

ANEXO

LEY N° 30628

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE MODIFICA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE
PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL**

Artículo 1. Modificación de los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial

Modifícanse los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, en los siguientes términos:

“Artículo 1.- Demanda, acumulación de pretensiones y juez competente

Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juzgado de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

En este mismo proceso podrá acumularse como pretensión accesorio, la fijación de una pensión alimentaria, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 85 del Código Procesal Civil.

En este caso, el juzgado correrá traslado al emplazado de la pretensión de declaratoria de paternidad extramatrimonial y de la pretensión de alimentos.

El emplazado tiene un plazo no mayor a diez días de haber sido notificado válidamente para oponerse a la declaratoria de paternidad extramatrimonial y absolver el traslado de la pretensión de alimentos sujetándose a lo establecido en el artículo 565 del Código Procesal Civil.

Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el juzgado declara la paternidad extramatrimonial y dictará sentencia pronunciándose además sobre la pretensión de alimentos.

Artículo 2.- Oposición

La oposición no genera declaración judicial de paternidad siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN. El juzgado fijará fecha para la audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes.

En la audiencia se llevará a cabo la toma de muestras para la prueba biológica del ADN, la cual es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo; en caso el padre no tenga domicilio conocido, sea inubicable o este haya muerto, podrá realizarse la prueba al padre, madre u otros hijos del demandado de ser el caso. Asimismo, en la audiencia se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 555 y demás del Código Procesal Civil en lo que respecta a la pretensión de fijación de una pensión alimentaria.

El costo de la prueba es abonado por la parte demandada en la audiencia al laboratorio privado al que se encargue la realización de la prueba. Este deberá estar acreditado conforme a la regulación sanitaria correspondiente para brindar las garantías necesarias.

Si la parte demandada no realiza el pago de la prueba en la audiencia, se reprograma la toma de muestras dentro de los diez días siguientes. Vencido dicho plazo se declara la paternidad. Si lo desea, la parte demandante puede asumir el costo de la prueba en un laboratorio privado.

El juzgado resuelve la causa por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN si esta se realiza o por el vencimiento del plazo previsto en el párrafo precedente. Se resolverá la causa de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4.

Para efectos de la presente ley, no resulta necesaria la realización de la audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece el artículo 265 del Código Procesal Civil.

Artículo 4.- Oposición infundada

Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada declarándose la paternidad.

En la misma resolución, se dictará sentencia respecto a la pretensión de alimentos condenando al demandado al pago de costas y costos del proceso”.

Artículo 2. Incorporación de los artículos 2-A y 6 y la quinta disposición complementaria a la Ley 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial

Incorpóranse los artículos 2-A y 6 y la quinta disposición complementaria a la Ley 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, en los siguientes términos:

“Artículo 2-A.- Allanamiento

El demandado podrá allanarse a la demanda, desde que fue notificado hasta antes de la realización de la prueba biológica de ADN.

Artículo 6.- Devolución de costos de prueba de ADN

Si la parte demandante asume el costo de la prueba en un laboratorio privado, la parte demandada debe reintegrarle lo asumido en caso de que el resultado sea positivo a la paternidad.

QUINTA.- Exoneración del pago de tasas judiciales en el proceso de filiación extramatrimonial

La parte demandante se encuentra exonerada del pago de tasas judiciales en el proceso de filiación extramatrimonial”.

Artículo 3. Modificación del artículo 424, inciso 10, del Código Procesal Civil

Modifícase el artículo 424, inciso 10, del Código Procesal Civil en los siguientes términos:

“Artículo 424.- Requisitos de la demanda

La demanda se presenta por escrito y contendrá:

(...)

10. La firma del demandante o de su representante o de su apoderado y la del abogado, la cual no será exigible en los procesos de alimentos y de declaración judicial de

paternidad. El secretario respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto”.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los siete días del mes de julio de dos mil diecisiete.

LUZ SALGADO RUBIANES

Presidenta del Congreso de la República

ROSA BARTRA BARRIGA

Primera Vicepresidenta del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dos días del mes de agosto del año dos mil diecisiete.

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD

Presidente de la República

FERNANDO ZAVALA LOMBARDI

Presidente del Consejo de Ministros