

**UNIVERSIDAD NACIONAL**

**“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**LA SANCIÓN PROCESAL DE LA LEY DE FILIACIÓN DE  
PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL Y LA AFECTACIÓN DE  
PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PERÚ**

**Tesis para optar el Título Profesional de Abogado**

Responsable de la investigación:

**Bach. HUARCA BRONCANO RONALD ELEADORO**

Asesor:

**Abog. JULIO CESAR PALA GARCÍA**

Huaraz – Perú

2018

## **DEDICATORIA**

*A mi madre Inés, que me da la fortaleza  
para seguir adelante, con su compañía constante y dulces  
consejos; y a mis padres, a quien debo la alegría de vivir y  
el entusiasmo de continuar.*

## **AGRADECIMIENTO**

*Al magister Julio Cesar Pala Gacia, por haber aceptado ser mi asesor, y a todos mis queridos docentes, en especial a los que formaron parte de mi etapa universitaria, ya que sin ellos nada hubiera sido posible.*

## ÍNDICE

RESUMEN.....	X
ABSTRACT .....	XI
INTRODUCCIÓN .....	XII

### CAPÍTULO I

#### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema.....	14
1.2. Formulación del problema .....	16
1.2.1. Problema general.....	16
1.2.2. Problemas específicos .....	16
1.3. Importancia del problema.....	17
1.4. Justificación y viabilidad.....	20
1.4.1. Justificación teórica.....	20
1.4.2. Justificación práctica .....	20
1.4.3. Justificación legal.....	20
1.4.4. Justificación metodológica.....	21
1.4.5. Justificación técnica .....	21
1.4.6. Viabilidad .....	22
1.5. Formulación de los objetivos .....	23
1.5.1. Objetivo general .....	23
1.5.2. Objetivos específicos.....	23
1.6. Formulación de hipótesis .....	23

1.7. Variables.....	24
1.8. Metodología .....	24
1.8.1. Tipo y diseño de investigación.....	24
1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico .....	27
1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información.....	28
1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información.....	30
1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información.....	30
1.8.6. Validación de la hipótesis .....	31

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes .....	33
2.2. Bases teóricas .....	37
2.2.2. Teoría Jurídica.....	55
2.2.2.1. Necesidad de una teoría de la argumentación jurídica racional .....	55
2.2.2.2. Base de la teoría de las normas: reglas y principios.....	57
2.2.2.3. El principio de proporcionalidad.....	58
2.2.2.4. Colisión y ponderación de los derechos fundamentales.....	59
2.2.2.5. Ponderación de los derechos constitucionales .....	61
2.2.2.6. Razonamiento jurídico como caso especial .....	62
2.2.3. Variable Independiente .....	64
2.2.3.1. Herramienta para la protección de la infancia y adolescencia .....	65
2.2.3.2. La identidad del niño como persona humana.....	69
2.2.3.3. La idea de “interés” en el plano jurídico .....	70

2.2.3.4. La funcionalidad del interés superior del niño .....	71
2.2.3.5. El interés superior del niño según el principio jurídico garantista .....	72
2.2.3.6. El interés superior del niño como pauta interpretativa.....	73
2.2.4. Variable Dependiente .....	75
2.2.4.1. La preclusión frente a actos procesales .....	76
2.2.4.2. La preclusión en un concreto proceso .....	80
2.2.4.3. El objeto de la preclusión .....	81
2.2.4.4. La preclusión en los derechos subjetivos procesales .....	82
2.3. Definiciones de Términos: .....	84

### CAPÍTULO III

#### RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Resultado Doctrinario .....	86
3.1.1. La Declaración de Paternidad Extramatrimonial .....	86
3.1.1.1. El Test de razonabilidad en la paternidad extramatrimonial.....	87
3.1.2. Principio del interés superior del niño.....	91
3.1.2.1. Los derechos del niño como derechos humanos .....	92
3.1.2.2. El interés superior desde un principio garantista .....	94
3.1.2.3. La aplicación del principio del interés superior del niño .....	95
3.1.2.4. Identidad entendida como dignidad humana.....	97
3.1.3. La sanción procesal .....	99
3.2. Resultados Normativos .....	102
3.2.1. Derecho Interno.....	102
3.2.1.1. Constitución Política del Perú.....	102

3.2.1.2. La Ley Numero 27048 .....	103
3.2.1.3. La Ley Numero 28083 .....	103
3.2.1.4. La Ley Numero 28439 .....	105
3.2.1.5. La Ley Numero 28457 .....	105
3.2.1.6. La Ley Numero 28720 .....	106
3.2.1.7. La Ley Número 27337 .....	107
3.2.1.8. La Ley Numero 30628 .....	108
3.2.2. Derecho Internacional .....	109
3.2.2.1. La Declaración de Ginebra.....	109
3.2.2.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	109
3.2.2.3. La Declaración de los Derechos del Niño .....	110
3.2.2.4. La Convención sobre los Derechos del Niño .....	111
3.2.3. Derecho Comparado.....	112
3.2.3.1. Legislación de Brasil.....	112
3.2.3.2. Legislación de Costa Rica.....	114
3.2.3.3. Legislación de Ecuador .....	116
3.2.3.4. Legislación de Chile.....	118
3.3. Resultados Jurisprudenciales.....	120
3.3.1. Tribunal Constitucional.....	120
3.3.1.1. TC EXP. N° 04509-2011-PA/TC-San Martín.....	120
3.3.1.2. TC Exp. N° 004305-2012-PA/TC-Apurímac.....	123
3.3.2. Poder Judicial .....	124
3.3.2.1. Sentencia consulta N° 2047-2011-Lima .....	124

3.3.2.2. Casación N° 2726-2012- del Santa .....	126
3.3.2.3. Casación N° 864-2014-Ica .....	129
3.3.2.4. Casación N° 950-2016-Arequipa .....	130
3.3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	134
3.3.3.1. Opinión consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002 solicitada por la comisión interamericana de derechos humanos .....	134
3.4. Casos Emblemáticos .....	137
3.4.1. Consulta Expediente N° 1699-2007 - Lima Norte .....	137
3.4.2. Sentencia Casación N° 3797 – 2012- Arequipa .....	140

## CAPÍTULO IV

### DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Discusión Doctrinaria.....	143
4.1.1. Posturas a argumentos a favor.....	143
4.1.2. Posturas o argumentos en contra.....	144
4.1.3. Posición o argumentos personales.....	146
4.2. Discusión Normativa.....	148
4.2.1. Análisis o discusión de la normativa interna.....	148
4.2.2. Análisis o discusión de la normativa internacional .....	152
4.2.3. Análisis o discusión del derecho comparado .....	156
4.3. Discusión Jurisprudencial .....	161
4.3.1. Análisis o discusión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	161
4.3.2. Análisis o discusión de la jurisprudencia del Poder Judicial .....	164
4.3.3. Análisis de la jurisprudencia de la CIDH.....	169



4.4. Discusión de los casos emblemáticos.....	171
4.4.1. Análisis del caso N° 1 .....	171
4.4.2. Análisis del caso N° 2 .....	172
4.5. Validación de hipótesis (OE) .....	174
4.5.1. Argumento 1 .....	174
4.5.2. Argumento 2.....	176
4.5.3. Argumento 3.....	177
CONCLUSIONES .....	180
RECOMENDACIONES .....	182
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	183
ANEXOS .....	187

## RESUMEN

En la Ley N° 30628 que establece el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial. De manera que, si el demandado no acepta realizarse la prueba biológica de ADN dentro del plazo legal. Así mismo, el juez se encuentra obligado a dictar sentencia declarando la paternidad extramatrimonial. Por esta razón, se considera que se afecta el principio de interés superior del niño.

La presente investigación tiene como objetivo determinar la afectación de los derechos del menor. Ya que, en el desarrollo del proceso sin la práctica de la prueba de ADN por parte del obligado presenta una clara transgresión. Por lo tanto, se tiene que analizar las graves consecuencias que genera la preclusión procesal. Por todo ello, mediante el método de argumentación jurídica se postuló que el juez ordene la detención de grado o fuerza del demandado.

La investigación es de tipo jurídico dogmático – interpretativo. Asimismo, haciendo uso de los métodos dogmáticos, hermenéutico, exegético, y argumentación jurídica. Además, en dicha perspectiva metodológica se empleó la técnica documental, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales, de resumen, análisis de contenido y registro de información. Y finalmente, el análisis cualitativo.

**PALABRAS CLAVES:** Filiación, Hijo Extramatrimonial, Paternidad, Tutela Jurisdiccional, Identidad y Preclusión.

## **ABSTRACT**

Law No. 30628 establishes the process of the determination of extramarital paternity, in those cases in which the defendant does not accept to take the DNA biological test within the legal term. If it is the case, the judge is obliged to dictate sentence, declaring extramarital paternity. This situation is considered as the principle of the superior interest of the child.

The primary goal of this research is to determine the impact of the minor's rights. If the process is carried out without the obligor's DNA biological test, it is clearly a transgression against the minor's rights. Therefore, it is necessary to analyze the grave consequences that causes the procedural preclusion. Because of this, through the method of the juridical argumentation was postulated that the judge may order the detention of the defendant's degree or force.

This research deals with the dogmatic-interpretative juridical type, together with the use of the dogmatic, hermeneutic, exegetic, and juridical argument. Besides, from this methodological perspective it was used the documentary technique, whose instruments were: the textual documentary, summary, analysis of contents and recorded information. And, finally, the qualitative analysis.

**KEY WORDS:** Affiliation, extramarital son, Paternity, Jurisdictional tutela, Identity and Preclusion.

## INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación es producto de una preocupación constante. Por un lado, sobre la filiación de los niños en el Perú. Y, por otro lado, poder obtener mi título profesional de abogado. Por ende, cumpliendo con ambos objetivos.

El plazo legal contenido en la Ley N° 30628. Es una autentica sanción procesal que afecta los derechos sustentados en el principio de interés del niño. Debido a que, la declaración de paternidad extramatrimonial tiene que establecer un trato especial. Por ello, lo que se pretende es que el juez obligue al demandado a realizarse la prueba biológica de ADN.

Se sostiene, que afecta el interés del niño con el plazo regulado. Por lo que, la simple voluntad de no querer practicarse el examen biológico. No justifica declarar la paternidad tan solo se entendería como un indicio. Por lo tanto, en cumplimiento estricto de la ley se vulneraría derechos de mayor cuidado.

En este proceso el juez se encuentra en la obligación de lograr la práctica del examen. De manera que, se pueda ayudar de todos los mecanismos legales e institucionales. Además, tratando de realizar dentro un plazo razonable con la firme convicción de administrar justicia. En consecuencia, a pesar de haber realizado todos los esfuerzos existe la imposibilidad tendrá que dictar su decisión.

La investigación ha sido estructurada a través de cuatro capítulos. En el primer capítulo, se detallan la descripción del problema, su importancia, la justificación, la viabilidad, y la formulación de los objetivos. Y así también, los métodos que se han usado en el presente estudio. De esta manera, se aborda la parte constructiva del proyecto de tesis.

En el segundo capítulo, se trata propiamente del marco teórico. De los antecedentes similares al tema de investigación. En ese sentido se explica el contenido del principio del interés superior del niño. Así también, se desarrolla la teoría jurídica de la investigación. Y finalmente, las variables que contienen la tesis. En consecuencia, contiene un análisis de la preclusión y la afectación al interés superior del niño, planteado en la discusión del trabajo.

En el tercer capítulo, se encuentra el resultado doctrinario. Abordando, el tema de la filiación extramatrimonial. De la misma, forma los resultados normativos. Además de ello, también se consignan los resultados jurisprudenciales que sustentan la investigación. Y, por consiguiente, se culmina como los casos emblemáticos. Por lo tanto, acá contiene los conceptos doctrinarios, tanto en la anterior regulación normativa, y los casos resueltos en la jurisprudencia a nivel nacional.

Y en el quinto capítulo, se presentan la discusión y el análisis. Es decir, de los resultados doctrinario, normativo, jurisprudencial y los casos emblemáticos. Además, la validación de la hipótesis. Y así también, se presentan las conclusiones, recomendaciones y las referencias bibliográficas. Finalmente se incorporan los anexos.

El presente estudio, a través de conclusiones y recomendaciones. Nos permite mediante el método de interpretación y la ponderación, postular una forma adecuada de resolver los conflictos derivados de la filiación extramatrimonial. Y así proporcionar una base para la realización de nuevos estudios sobre el tema o relacionados.

No quisiera terminar sin antes manifestar, que el pequeño aporte puede contener muchos errores involuntarios. Pero tengo, la plena voluntad de enmendarlo en mi pequeño trayecto por la vida. Es así que, las sugerencias por parte de los que se puedan darse el afán de revisarlo y por parte del jurado en cuanto me lo haga saber.

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1.1. Descripción del problema

##### A) Diagnóstico: problema principal

La Ley N° 30628 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, publicado el 03 de agosto del 2017. Establece que, la prueba biológica de ADN, tiene el carácter de una prueba plena para determinar los vínculos de filiación. Quedando así, en manos del peritaje biológico del especialista que trabaja la prueba. El problema, se presenta por la falta de oposición del presunto padre. Asimismo, la no aceptación a practicarse la prueba de ADN dentro del plazo legal, permite declarar la filiación. Por lo tanto, se trata de una autentica sanción procesal a la conducta del demandado impuesta por la ley, hecho que permite al juez asumir una presunción absoluta y declarar la paternidad judicial.

##### B) Pronóstico: problema secundario

Esta modificación trae consecuencias muy graves sin la aceptación o la falta de oposición para practicarse la prueba de ADN. Debido a que, se le exige al juez declarar la filiación de un padre respecto a un hijo, que no puede ser suyo. Además, se le obligará prestar alimentos a quien tal vez no tenga la responsabilidad. Puesto que, no otorga las garantías que exige el derecho de identidad del menor sustentado en el principio del interés del niño, ambos reconocidos tanto el derecho internacional y por nuestra constitución como un derecho fundamental. Por ello, consideramos que el legislador ha creado una

grave afectación y no ha hecho un buen trabajo para determinar la filiación extramatrimonial.

El legislador para afinar el contenido del proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial solo ha previsto como una medida objetiva la oposición y la aceptación a la prueba. Por consiguiente, no se dieron la molestia de analizar que la imposición de esta sanción procesal devendría en inconvenientes. De manera que, se buscaba solucionar el no reconocimiento de los hijos por los padres y la obligación de asumir los alimentos. Por consiguiente, no se pudo prever que se estaría afectando un derecho de mayor cuidado; la identidad y por ende el interés del menor de saber si realmente es su padre biológico. Por lo tanto, tenemos una ley un tanto peligrosa debido a que permitirá, sí; tener “un” padre, cualquiera que sea este, sin una verdad formal, una gran forma de solucionar e “incentivar”, la paternidad en el Perú.

### **C) Control: propuesta**

Lo recomendable en estos casos, será optar un criterio mediante el método de interpretación por parte del juez. Así, ante la falta de oposición o existiendo ella, sin haberse realizado la prueba de ADN dentro del plazo legal establecido, ordenar la comparecencia de grado o fuerza del presunto padre y hacer efectiva la detención con el único objetivo de que se tome las muestras del material genético. Debido a que, se busca privilegiar el derecho de identidad biológica, en estricto cumplimiento del interés superior del niño. En consecuencia, hubiera sido mejor que la propia ley se encargue de regular y otorgue criterios con mayores detalles.

En el Perú existen innumerables padres irresponsables. Por eso, estamos de acuerdo que hay que buscar todas las formas posibles para hacer que asuman sus obligaciones. Asimismo, establecer dicho proceso debe ser tratado con mucha sutileza. Debido a que, este procedimiento va a determinar la relación de filiación de paternidad y la obligación de prestar los alimentos. Además, está presente el derecho de identidad biológica del demandante muchas veces representado por su madre. Por lo tanto, si no tenemos en cuenta lo expresado podría conllevar a una situación de afectación al principio de interés superior del niño, reconocido en los instrumentos internacionales.

## **1.2. Formulación del problema**

### **1.2.1. Problema general**

¿En qué medida se afecta al principio de interés superior del niño con la sanción procesal contenida en la Ley N° 30628?

### **1.2.2. Problemas específicos**

- ¿Cuál es el tratamiento jurídico del proceso de filiación de paternidad extramatrimonial de acuerdo al derecho comparado?
  
- ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para ordenar la comparecencia de grado o fuerza del demandado y hacer efectivo la detención a fin de que se tome la muestra del material genético?



### **1.3. Importancia del problema**

El presidente del congreso, el señor Antero Flores Araoz, cuando promulgo la Ley N° 28457, sobre el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, no presentaba mayores problemas. Debido a que, la oposición suspendía el proceso obligándose el demandado a realizarse la prueba de ADN o en todo momento se podía presentar una justificación indicando el motivo de no haber podido realizarse dicha prueba. Ahora, con la reciente modificatoria Ley N° 30628, se considera que presentará problemas más profundos por lo que ahora si no se paga la prueba de ADN por el demandado, así se oponga no significa que se suspenda la declaración de paternidad. Además, en el caso del supuesto padre no tenga domicilio conocido, sea inubicable o este haya muerto, se podrá tomar las muestras del material genético del padre, la madre o del hijo o hijos (del demandado) (consideraciones con las que no estamos en contra). Así también, este proceso está exento de los aranceles judiciales (pero no de las cédulas de notificación). Aparte de ello, ya no es exigible la firma de un abogado, entonces ya no se necesita un abogado. Además, el demandado puede allanarse a la demanda, es decir reconocer la paternidad del menor. Por lo tanto, con esta innovativa legal lo que se pretendió es sancionar faltamente a esa supuesta conducta de desinterés por la falta de oposición y la no aceptación.

Un debido proceso es donde se visualiza que se esté garantizando una efectiva tutela del derecho de identidad del menor sustentado en el interés superior del niño. Más aún, debería ser un criterio relevante la filiación, sin afectar su derecho de identidad e interés del menor. Debido a que, existe una sanción procesal por el plazo legal corto con la esperanza de que no se opongan, se estará ante la filiación que puede ser tan falsa como verdadera concluyendo de

lo más feliz con una sentencia final. A todo esto, hay que tener en cuenta la característica de nuestra sociedad peruana pluri-etnica cultural [cuestión compleja por cierto]. Hasta allí, el legislador no se entrometió en analizar características culturales y los factores geográficos, en líneas normativas lo único que pretendió fue solucionar una necesidad, sin garantizar una tutela jurisdiccional efectiva.

El verdadero derecho de una identidad biológica, [se debe asumir con un mínimo error como lo asume la genética], cómo se puede declarar una filiación sin una alta probabilidad. Pues la afectación que se podría generar al menor en un futuro llegaría a ser irreparable. Ya que habiéndose declarado la filiación y después de algunos años se llega a la conclusión fidedigna que, él que era su padre hasta ese entonces ya no lo es y nunca lo fue. Más aun, la realidad nos enseña que es un hecho que habría que tener muy en cuenta. Sin embargo, el apasionamiento del legislador, lo llevó a aprobar una ley que tiene por nombre, “hacia búsqueda de un padre” o “el que calla otorga”, como una nueva innovación legislativa. A todo esto, nos tocará depender del tipo de juez, con el cual nos encontremos, sin duda en la práctica presentará muchas objeciones.

Por gracia de la preclusión procesal no solo se afecta el derecho de identidad, ahora hay que asignar el derecho de pensión. Asimismo, la inquietud legislativa, no queda allí, sino que ahora ha vinculado al carácter económico [entiéndase como recursos económicos]. Además de buscar corregir el no reconocimiento de los hijos por los padres, también se fijó un monto dinerario para que subsista el menor. Por consiguiente, se creó un proceso distinto a lo acostumbrado con plazos más cortos y rígidos. En fin, con esta modificación vemos las bondades de la preclusión por no decir los menos.

Por la falta de la oposición y la no realización de la prueba biológica del ADN, no justifica establecer una presunción absoluta. Al parecer, la prueba legal o tasada ha encontrado nuevamente aceptación en nuestro ordenamiento jurídico civil frente a la falta de oposición y la no aceptación. No obstante, los criterios de valoración expuestos en el artículo 197 del Código Procesal Civil [Deben ser valorados en forma conjunta y razonada dentro de un sistema de libre valoración y sana crítica]. Después de todo, quizá el juzgador no tiene más opción, que declarar padre, si tuviera por allí algunas dudas no importa, mejor aún es una obligación de la ley que se tiene que cumplir. Pero, de todas formas, el juez puede resolver apartándose del mandato legal bajo el amparo de un control difuso.

En el marco del derecho constitucional, los derechos fundamentales del menor tienen sustento en el principio del interés superior del niño. Pues bien, bajo una interpretación más amplia de los derechos para acreditar indubitablemente [llegando al mismo objetivo], se estaría garantizando el derecho de identidad del menor. Es ahí que, en algún caso donde no puede considerarse acreditado se deberá ordenar la comparecencia de grado o fuerza a fin de practicarse la prueba de ADN<sup>1</sup>. Por consiguiente, el juez en su función judicial estará tutelando la dignidad menor en el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial.

---

<sup>1</sup>CABANI BRIAN, Renzo Ibo. “¿el que calla (realmente) otorga? la inconstitucionalidad de la sanción procesal prevista en la ley de filiación extramatrimonial”. Revista la ley, disponible en:<https://afojascero.com/2017/08/04/el-que-calla-realmente-otorga-la-inconstitucionalidad-de-lasancion-procesal-prevista-en-la-ley-de-filiacion-extramatrimonial/>; visitada el 14/10/2017.

## **1.4. Justificación y viabilidad**

La Justificación se identifica con los móviles de la investigación, a decir de Arazamendi: “son los propósitos definidos que son suficientemente importantes que fundamenten su realización<sup>2</sup>”, por lo que pasamos a justificar de la siguiente manera:

### **1.4.1. Justificación teórica**

La presente investigación se justifica teóricamente bajo las garantías y el principio del interés superior del niño para determinar la paternidad extramatrimonial. Es así, que se podrá establecer nuevos criterios de interpretación, ordenando la comparecencia de grado o fuerza del presunto padre y haciendo efectivo la detención, con el único objetivo de tomar las muestras del material genético, todo ello va permitir resolver con una verdad material.

### **1.4.2. Justificación práctica**

La investigación tiende a analizar si, se afecta al principio del interés superior del niño bajo la declaración de la paternidad extramatrimonial durante el desarrollo de la filiación judicial y en la expedición de la sentencia.

### **1.4.3. Justificación legal**

El Código Civil peruano, establece la filiación extramatrimonial para su reconocimiento de una forma genérica, la ley N° 30628 recientemente modificada regula sobre un nuevo proceso sobre la filiación de paternidad extramatrimonial y pretensión de alimentos, es

---

<sup>2</sup>ARAZAMENDI, Lino. *La investigación Jurídica. Diseño del Proyecto de Investigación y Estructura y Redacción de la Tesis*. 2da. Ed. Lima, Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2011, pág. 139.

así, que podrá analizar si afecta algunos derechos y principios; en especial el derecho de identidad, reconocido en nuestra constitución.

#### **1.4.4. Justificación metodológica**

El paradigma metodológico que justifica la presente investigación es desde una perspectiva cualitativa toda vez que se realizara una investigación dogmática, sustentada en las garantías y el principio del interés superior del niño, para determinar la paternidad extramatrimonial. Se investigará en consideración a conceptos y comprensiones, partiendo de pautas de los datos y no recogiendo datos para evaluar modelos, hipótesis o teorías, principios y reglas jurídicas preconcebidas.

La presente Investigación, para ser confiable como conocimiento científico propone técnicas y medidas procedimentales para resolver los problemas normativos, doctrinarios y jurisprudenciales de la filiación paternal extramatrimonial frente al derecho de identidad e interés del menor.

#### **1.4.5. Justificación técnica**

La investigación es relevantemente social, debido a que el problema de la filiación de la paternidad extramatrimonial en el contexto actual de la sociedad, existe distintas situaciones que se presentan en buscar establecer la filiación extramatrimonial, es así que se busca una protección eficaz y, por otro lado, se pretende determinar si afecta el principio de interés superior del niño.

#### **1.4.6. Viabilidad**

La investigación es relevantemente social, debido a que el problema de la filiación de la paternidad extramatrimonial en el contexto actual de la sociedad, existe distintas situaciones que se presentan en buscar establecer la filiación extramatrimonial, es así que se busca una protección eficaz y, por otro lado, se pretende determinar si afecta el principio de interés superior del niño.

##### **a) Viabilidad Teórica**

La presente investigación se podrá concretar del análisis del proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial respecto de su regulación, principios y reglas estableciendo su aplicación en cada caso concreto sobre la filiación paternal en el contexto del derecho de identidad.

##### **b) Viabilidad Temporal**

El presente estudio que evaluará los avances que se tiene durante el mes de enero y febrero del 2018.

##### **c) Viabilidad Social**

El estudio verifica la materialización de la filiación de paternidad extramatrimonial frente a la afectación del principio de interés superior del niño, limitándose al ámbito de derecho de familia desde una perspectiva jurídico-doctrinal-normativo-jurisprudencial.

## **1.5. Formulación de objetivos**

### **1.5.1. Objetivo general**

Determinar, en qué medida afecta al principio de interés superior del niño con la sanción procesal contenida en la ley N° 30628.

### **1.5.2. Objetivos específicos**

- Establecer, el tratamiento jurídico del proceso de filiación de paternidad extramatrimonial de acuerdo al derecho comparado.
- Justificar, los fundamentos jurídicos para ordenar la comparecencia de grado o fuerza del demandado y hacer efectivo la detención a fin de que se tome la muestra del material genético.

## **1.6. Formulación de hipótesis**

Si afecta, debido a que vencido el plazo legal establecido en la Ley 30628, sin que exista oposición genera declaración judicial de paternidad, afectando el principio de interés superior del niño, garantía constitucional de los derechos fundamentales, consagrada en el Art. 2 Inc. 1 de nuestra Carta Magna.

### **1.6.1. Hipótesis específicas**

- En el derecho comparado la declaración de paternidad extramatrimonial se establece de acuerdo a un debido proceso judicial, sin establecer una presunción absoluta, con prueba idónea respetando el principio de interés superior del niño.

- Los fundamentos jurídicos que sustentan la comparecencia de grado o fuerza del demandado y hacer efectivo la detención a fin de tomar la muestra de material genético, son: el derecho de la dignidad, el derecho a la identidad, el derecho del desarrollo integral, el derecho de alimentos, el derecho a la formación y protección integral y el derecho de familia.

## **1.7. Variables**

**1.7.1. V. Independiente:** Principio de Interés Superior del Niño.

**1.7.2. V. Dependiente:** La sanción procesal.

## **1.8. Metodología**

### **1.8.1. Tipo y diseño de investigación**

#### **a) Tipo de investigación**

Se debe recordar que para investigar el comportamiento humano existen diversos tipos de investigación tales como; exploratorias, descriptivos, correlacionales y explicativos<sup>3</sup>. La presente investigación es descriptiva, desde el punto de vista del tema de investigación, ya que se empezará con analizar e examinar cómo se afecta el principio de interés del niño en la ley 30628, básicamente el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

---

<sup>3</sup>HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*. México, Mc Graw Hill, 1997, pág. 100.



Como ciencia particular el tipo de investigación dogmática - jurídica, pues se evaluarán el principio de interés superior del niño y su afectación en el desarrollo del proceso de filiación de paternidad extramatrimonial, por la no aceptación de realizarse la prueba o la falta de oposición de parte del demandado dentro del plazo legal en un contexto de familias plurisocial dentro del marco jurídico del Código Civil y Procesal Civil Peruano.

**b) Diseño de investigación:**

Corresponde a una **investigación no experimental**<sup>4</sup>:

Porque en esta investigación no se tiene dominio de las variables y no se las puede manipular deliberadamente.

La investigación no experimental será subdividida en diseños transeccionales o transversales y diseños longitudinales. La presente es una **investigación no experimental transversal**, porque esta investigación recolectará y describirá datos en un periodo que comprende desde el mes de setiembre hasta noviembre del año 2017.

**c) Métodos de investigación:**

Con la finalidad tener en cuenta los métodos utilizados para la presente investigación jurídica, se debe entender cuál es el enfoque metodológico que se pretende, ya que se busca desentrañar el funcionamiento sistemático. Los métodos específicos a emplearse en la investigación jurídica<sup>5</sup> a nivel de pre-grado.

---

<sup>4</sup>ROBLES TREJO, Luis y otros. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima, Editorial Fecatt, 2012, pág. 34.

<sup>5</sup>RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento*. Editorial Grijley, Lima, 2001, pág. 92 y ZELAYARAN DURAN, Mauro. *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima, Ediciones Jurídicas, 2007, pág. 65 y ss.

**Método Dogmático<sup>6</sup>:** Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización. El derecho al estar conformado por instituciones, estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Este método se empleará en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

**Método Hermenéutico<sup>7</sup>:** En sentido amplio, éste método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En este sentido, siendo nuestro objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

**Método Exegético<sup>8</sup>:** Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método será aplicado en nuestro

---

<sup>6</sup>RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento*. Editorial Grijley, Lima, 2001, pág. 92 y ZELAYARAN DURAN, Mauro. *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima, Ediciones Jurídicas, 2007, pág. 93.

<sup>7</sup>Ibídem, pág. 94.

<sup>8</sup>Ibídem, pág. 95.

trabajo, toda vez que se hará el estudio a la normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

**Argumentación Jurídica<sup>9</sup>:** La argumentación jurídica es un proceso cognitivo especializado (teórico o práctico) que se realiza mediante concatenación de inferencias jurídicas consistentes, coherentes, exhaustivas, teleológicas, fundadas en la razón suficiente, y con conocimiento idóneo sobre el caso objeto de la argumentación. La argumentación jurídica se concretiza relacionando premisas, a la luz vinculante de los principios y demás cánones lógicos pertinentes, para obtener secuencial y correctamente, conclusiones que, según el caso, afirmen o nieguen la subsunción del hecho en la hipótesis jurídica o afirmen o nieguen la validez o invalidez o la vigencia formal o real de la norma jurídica dada o afirmen o nieguen la pertinencia o impertinencia, o la aplicabilidad o inaplicabilidad o la compatibilidad incompatibilidad de la norma jurídica al caso concreto.

## 1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico<sup>10</sup>

### 1.8.2.1. Población:

- **Universo físico:** Constituido por el ámbito nacional y mundial.
- **Universo Social:** Se circunscribe a la dogmática, normatividad y jurisprudencia sobre la ley de filiación de paternidad extramatrimonial frente al principio de interés superior del niño,

---

<sup>9</sup>ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación jurídica*. Lima, Editorial Palestra, 2004, pág. 28 y ss.

<sup>10</sup>Por la naturaleza de la investigación que es dogmática, no es necesario la determinación de la población y la muestra puesto que no se harán mediciones, contrales ni se probarán hipótesis, sin embargo, por la formalidad del esquema solicitado por la Escuela de Pre Grado de la UNASAM se cumple formalmente con este requisito, tomando como referencia para estos ítems a ZELAYARAN DURAN, Mauro. *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima, Ediciones Jurídicas, 2007, págs. 251-258.

por la falta de oposición o la aceptación de realizarse la prueba de ADN del demandado.

- **Universo temporal:** La investigación correspondió al año 2017.

### **1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información**

a) Ello referido a las fuentes o textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina sobre el problema de investigación, empleándose las fichas textuales, resumen y comentario.

b) Ficha de análisis de contenido. Para el análisis de la jurisprudencia y determinar sus fundamentos y posiciones dogmáticas.

c) La información que se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación, empleándose las fichas de registro de información.

#### **1.8.3.1. Estrategias o procedimientos de recogida de información**

Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleará la Técnica Documental, cuyos instrumentos serán las fichas Textuales y de Resumen.

Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleará el Método de Argumentación Jurídica.

Para la obtención de información de la presente investigación se hará a través del método cualitativo lo que permitirá recoger, datos numéricos y opiniones o valoraciones sobre el problema planteado.

Es por esta razón que la presente investigación no perseguirá la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados en la jurisprudencia y doctrina.

### **1.8.3.2. Análisis e interpretación de la información:**

Análisis de contenido, cuyos pasos a seguir son:

- a) Selección de la comunicación que será estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizarán, y
- c) Selección de las unidades de análisis.

### **1.8.3.3. Criterios:**

Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación será el siguiente:

- Identificación del lugar donde se buscará la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la en función a los objetivos de investigación empelando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

#### **1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información**

##### **1.8.4.1. Unidad de análisis:**

Para justificar la presente unidad de análisis se tiene que tener en consideración que el Universo Social, se circunscribe a la dogmática, normatividad, jurisprudencia sobre la ley de filiación de paternidad extramatrimonial frente al derecho de identidad por la falta de oposición del demandado, es así, que el universo y la muestra se corresponden en forma total. La unidad de análisis como propósito teórico o práctico de estudios en la presente investigación estará conformada por documentales, siendo estos la doctrina Jurisprudencia, normatividad del tema señalado.

#### **1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información**

- **Tipo de muestra: Muestra no probabilística**, ya que la presente muestra no depende de la probabilidad, sino de las causas relacionadas con las características de abogado-investigador, no se basa en fórmulas de probabilidad, si no depende del proceso de toma de decisiones.
- **Marco Muestral:** Normatividad, Doctrina y Jurisprudencia.
- **Procedimiento de Selección:** Es Dirigida.
- **Tipo de muestra Dirigida:** La muestra dirigida es de sujetos-tipos, ya que se busca la profundidad y riqueza de la información.

- **Técnica muestral:** Técnica intencional: la muestra es escogida.
- **Tamaño de la muestra:** no se puede medir al ser cualitativa.
- **Unidad de análisis:** Documentos.

### 1.8.6. Validación de la hipótesis

En la presente investigación jurídico en la dimensión teórica, tiene su evaluación mediante la contratación de las hipótesis planteadas mediante la argumentación jurídica (o conocida como argumentación jurídica estándar – AJE)<sup>11</sup>. Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas.

Para conseguir este tipo de validez se deben fomentar procesos de cristalización más que de triangulación. Laurel Richardson sugiere que: la imagen central para «la validez» de los textos postmodernos: «... no es el triángulo, una figura rígida, fijada y en dos dimensiones». Más que ésta figura, la imagen central o la figura central es el cristal, el cual combina la simetría y la sustancia con una infinita variedad de formas, sustancias, transmutaciones, multidimensionalidades, y ángulos de aproximación. Los cristales son prismas que reflejan la parte externa y se refractan sobre ellos mismos, creando diferentes colores, modelos,

---

<sup>11</sup>ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1997. *Las Razones del Derecho*. México, Ediciones Universidad Autónoma de México, 2003. *Argumentación Constitucional Teoría y Práctica*. México, Editorial Porrúa, 2011.

llevándote por diferentes direcciones y caminos. Lo que nosotros vemos depende de nuestro ángulo de reposo. No es la triangulación sino la cristalización lo que se debe fomentar en los procesos de investigación cualitativa. En la postmodernidad, con textos en donde se mezclan géneros, nosotros nos movemos desde la teoría de la geometría plana a la teoría de la luz, donde la luz puede ser tanto onda como partícula. La cristalización, sin perder la estructura, que construye la idea tradicional de «validez» pues permite mostrar que no existe una verdad singular, la cristalización nos proporciona una comprensión de los temas, parcial, dependiente y compleja.



## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Antecedentes de la Investigación

##### 2.1.1. Antecedentes Internacionales

De la revisión de páginas web internacionales no se encontró tesis relacionadas con la sanción procesal de la ley de filiación de paternidad extramatrimonial y la afectación del principio de interés superior del niño en el Perú, contenidas en la ley N° 30628.

##### 2.1.2. Antecedentes Nacionales

De la revisión de Cybertesis, se puede observar que a nivel nacional se encontraron algunas, de la cuales se priorizaron:

Olórtegui Delgado, Rosa Isabel. “Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial”. Tema, *Paternidad (Derecho) Reconocimiento de hijos Legitimación de los hijos Relaciones de familia*; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Lima, 2010, en la cual concluye:

1. Es evidente que el dogma de la autonomía de la voluntad que se expresaba “lo que es libremente querido es justo” (adoptado por nuestro Código Civil) carece de vigencia en la sociedad actual porque “el individuo ha perdido el control de su voluntad y de su acción en las cotidianas actividades que desarrolla bajo la presión de circunstancias externas que lo exponen a causar y a sufrir daños sin causa alguna”.
2. A pesar del reconocimiento de los derechos de la personalidad por nuestro ordenamiento jurídico, existen reales dificultades en el logro de la

protección de estos derechos (al nombre, el honor, la intimidad, la propia imagen, la dignidad, entre otros), cuando han sido vulnerados por daño moral.

3. Entendemos que aplicar a rajatabla las normas generales de responsabilidad civil sería, por un lado, olvidar la especialidad que ostenta el derecho de familia y, por el otro, pretender responsabilizar a un padre por no saber educar a su hijo, o por transmitirle algún tipo de enfermedad leve, como una alergia, una miopía o simplemente una estructura física determinada.

4. Cuando hablamos de falta de reconocimiento del hijo por parte del padre no hay duda de que esta situación provoca en el niño un daño importante, tanto a nivel moral como material. Pero esto no es sólo responsabilidad de la parte masculina de la relación, también la madre puede tener actitudes que, a veces por egoísmo, a veces por venganza hacia una pareja que no funcionó, o por negligencia ante una relación sexual aislada, impide que su hijo goce de derechos que le son reconocidos no solamente en la Constitución Política del Estado sino también en tratados internacionales o incluso en el Código Civil.

Vargas Morales, Rocío del Pilar. “El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est alcances, límites y necesidad de cambio en el Código Civil de 1984”. Tema de investigación, *Paternidad (Derecho) – Perú Reconocimiento de hijos – Perú Derechos de los niños*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Unidad de Postgrado

de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Lima, 2011, en la cual concluye:

1. El análisis del derecho de familia y, en concreto, de la presunción *pater is est* se debe realizar con parámetros de derecho constitucional e internacional de los derechos humanos, en la medida que estos ejercen influencia sobre el primero, ya que de acuerdo al principio de jerarquía la Constitución es la norma máxima del ordenamiento, lo que es consecuencia del fenómeno denominado “constitucionalización del derecho”.

2. Los principios constitucionales que influyen en la filiación en el ordenamiento peruano son: el principio de igualdad, unidad de la filiación, protección integral del niño, protección de la familia, la libre investigación de la paternidad y el derecho a la identidad.

3. La presunción *pater is est* ha pasado de proteger el derecho al honor del marido y la unidad de la familia a amparar el derecho del hijo a la identidad. Esta concepción proveniente del derecho romano, y acentuada con el Código Napoleónico, ha inspirado la regulación legislativa de la filiación matrimonial y las acciones de estado vinculadas a dicho instituto.

4. Los elementos esenciales del derecho a la identidad que se definen a partir de la filiación son: A. el nombre y B. las relaciones familiares: conocer a sus padres, lo que implica un vínculo con la verdad biológica y a ser cuidado por ellos. Conviene señalar que ninguno de estos elementos resulta ser determinante sobre el otro para definir el contenido de la identidad a partir de la filiación, sino que todos son igualmente relevantes.

5. En el ámbito jurisprudencial, la forma de resolución de una demanda de impugnación de paternidad matrimonial no tiene una resolución unívoca, es

casuística. A menudo se tendrá que valorar u optar entre el derecho a la identidad (verdad biológica, nombre y relación con los padres) y la posesión de estado, todo ello analizado desde la perspectiva del interés superior del niño.

6. Existe jurisprudencia peruana que valora el interés superior del niño como criterio para resolver casos en los que se involucran sus distintos derechos y se analizan instituciones del derecho de familia. Estas sentencias sirven para sustentar los fundamentos de nuestra propuesta de resolución de casos.

### **2.1.3. Antecedentes Locales:**

De la revisión de las Investigaciones en la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo, se ha podido encontrar como antecedente una investigación relacionado al tema materia de estudio, en donde concluye: la abogada Valqui León Carolina Delfina. Con el Título, “Inconstitucionalidad del proceso especial de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Unidad de Pre grado de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo – Huaraz, 2010 en la cual concluye:

1. Mediante la ley N° 28457 proceso, se ha pretendido adecuar al proceso filiación judicial de paternidad extramatrimonial, a las reglas del proceso monitorio, en este tipo de procesos, cuando se admite la demanda, el demandante obtiene una resolución favorable, y se otorga al demandado un plazo para oponerse a dicha resolución, siempre y cuando este se obligue a someterse a la prueba del ADN; pero no se ha definido si es un

proceso monitorio puro o documentado, pues no se siguen las reglas de ninguno de estos dos tipos de proceso monitorio.

2. La Ley N° 28457 no vulnera el contenido esencial de los derechos fundamentales a la intimidad y la integridad del demandado y en esa medida es plenamente constitucional.

3. Al respecto se propugna la defensa del interés superior del niño y después de haber realizado el estudio pertinente, de ésta problemática se tiene que sí se debería admitir como una excepción dentro de un proceso especial de filiación judicial extramatrimonial, darle prioridad al interés superior del niño, ya que este es el más vulnerable. Esto lo podemos ver reflejado en el expediente N° 2273-2005-HC/TC, la cual constituye que el derecho a la identidad debe entenderse como, el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos definitivos, esencialmente de carácter objetivo y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal. De esta manera el derecho a la identidad se impone ante los derechos del padre.

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. La filiación**

La filiación en sentido genérico. Esta entendida como aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes. Y, en

sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres. Por lo tanto, establece una relación de sangre y de derecho entre ambos<sup>12</sup>.

Actualmente es entendida como la relación jurídica parental yacente entre el hijo y su padre<sup>13</sup>, todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado. Las relaciones de parentesco son, según se ha visto, múltiples y de diversa naturaleza e intensidad. La determinación de la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta a decir de Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida<sup>14</sup>.

La filiación, como institución jurídica, hace referencia a la relación inmediata que existe entre dos partes, por un lado el hijo y, por el otro lado, los padres; es así, que Plácido señala que se puede definir a la filiación como: *“la relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera, en la que se descubre un doble elemento, la maternidad y la paternidad”*<sup>15</sup>.

### **2.2.1.1. Filiación Extramatrimonial**

La concepción y el nacimiento fuera del matrimonio determinarán la naturaleza extramatrimonial de la filiación<sup>16</sup>, situación regulada en el

---

<sup>12</sup>POR LOS 100 MEJORES ESPECIALISTAS. *Código Civil Comentado Tomo II – Familia*. Lima, Gaceta Jurídica, pág. 145.

<sup>13</sup>VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Primera Ed. Lima, Gaceta Jurídica, 2013, pág. 65.

<sup>14</sup>LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Familia*. Barcelona, Bosch, 1982, pág. 606.

<sup>15</sup>PLÁCIDO V., Álex F. *Filiación y Patria Potestad: en la doctrina y en la jurisprudencia*. Lima, Gaceta Jurídica, 2002, pág. 82.

<sup>16</sup>La declaración judicial de filiación extramatrimonial constituye una investigación judicial de paternidad promovida por el hijo para averiguar su filiación en defecto del reconocimiento voluntario (Cas. N° 315-1996, Corte Suprema). Importa un pedido de investigación judicial de la paternidad debido, entre otras

artículo 386 del Código Civil que señala: *“Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”*.

La procreación natural es un acto biológico tan humano que implica la participación conjunta (procrear). Fueron dos quienes engendraron a uno. Ese “uno” necesita conocer a esos “dos”, o a uno de los dos. Mis orígenes, mis padres, mis raíces, sentirse identificado con nuestros ascendientes, quienes nos dieron “la vida”. Bosch ilustra esta posición y sostiene que: *“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<sup>17</sup>”*.

La calidad filial de hijo extramatrimonial se establece cuando la concepción y su inmediata consecuencia biológica el nacimiento se produce fuera del matrimonio<sup>18</sup>. Se sustenta en el principio de la investigación del vínculo filial, que otorga el derecho a quien no cuenta con una filiación establecida, solicitando su establecimiento respecto de quien considere que puede ser su padre o madre<sup>19</sup>.

---

cosas, a la dificultad de la prueba derivada del carácter oculto en que se desenvuelven las relaciones sexuales extramatrimoniales; en consecuencia, el juez, atendiendo a los superiores intereses del niño, debe hacer uso, cuando corresponda, de su facultad inquisitiva (Cas. Nº 720-1997, Corte Suprema).

<sup>17</sup>BOSCH, Alejandro F. *La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas*. Buenos Aires (En: La Ley. Año LXVII, Nº 39), 2003, pág. 1.

<sup>18</sup>VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 45.

<sup>19</sup>Ibídem, pág. 276.

En el caso de la filiación extramatrimonial no existe ningún elemento objetivo que permita atribuir la calidad de hijo<sup>20</sup>. Se trata de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio<sup>21</sup>. Además, para el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, existe solo dos únicas; vías de reconocimiento; la voluntad expresa del padre<sup>22</sup>, o vía pronunciamiento judicial en donde se determine el vínculo filial<sup>23</sup>.

En la filiación extramatrimonial, el padre carece de un estado legal vinculante con respecto de su descendencia. No existe el acto jurídico matrimonial que garantice que la calidad de progenitor reside en el marido de la mujer. De allí que la voluntad (reconocimiento) o la imposición jurisdiccional (declaración judicial) son los únicos medios para establecerla<sup>24</sup>, la presunción de paternidad descansa en el sentido legal y práctico, si no existe una voluntad manifiesta.

La filiación extramatrimonial opera a falta de reconocimiento voluntario. Es así, que el perjudicado con la ingratitud paternal goza de la

---

<sup>20</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 37.

<sup>21</sup>Ibídem, pág. 30.

<sup>22</sup>El reconocimiento es un acto jurídico unilateral y, como tal, requiere de una manifestación de voluntad, por lo que, si el agente no ha expresado su voluntad en la partida de nacimiento, no ha existido acto jurídico en tal sentido (Cas. N° 2747-1998, Corte Suprema). En estos casos, no es suficiente reconocer haber embarazado a la madre del menor para que se entienda reconocido este último. Es indispensable consignar la identidad del menor, pues sino lo único que se estaría reconociendo es la existencia de relaciones sexuales entre ambas personas (Cas. N° 2534-2002-Puno, Corte Suprema).

<sup>23</sup>El artículo 399 del Código Civil señala que el reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395 del mismo código; no prohíbe al reconocer la posibilidad de que pueda impugnarse su propio reconocimiento, ya que si este es válido asume el carácter de irrevocable; consecuentemente, la norma en comento no le impide para que pueda accionar por invalidez del reconocimiento, pues en términos generales, el reconocimiento puede ser impugnado por dos vías: la acción de invalidez y la acción de impugnación propiamente dicha. La primera se hace efectiva mediante la aplicación de los principios generales relativos a la invalidez del acto jurídico, y la segunda se basa en que el reconocimiento realizado puede no ser acorde con la realidad del vínculo biológico (Cas. N° 4611-2006-Piura, Corte Suprema).

<sup>24</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 44.



facultad de pedir que se practique la investigación y que se declare. En su momento, la relación jurídico familiar pudiendo incluso, con legítimo derecho, exigir la reparación civil por el daño causado al no haber cumplido el padre con la obligación moral de reconocerlo en su momento<sup>25</sup>.

Los procesos de filiación han merecido criterios variados en cuanto a su trámite y contenido, sea consagrando legislativamente las pruebas genéticas o, en su caso, dejando al arbitrio del juez los resultados<sup>26</sup>. En la ley lo que se prioriza en todo momento es la prueba de ADN (99.99 % de efectividad)<sup>27</sup>, debido a que sus resultados macaron una pauta precisa, sin tener como posibilidad alguna de que la prueba nos conduzca a algún error.

---

<sup>25</sup>Al respecto, en el Derecho comparado tenemos fallos judiciales: i) Configura un daño moral indemnizable el no reconocimiento del menor por el padre que lo ha engendrado, ya que se le priva de una pertenencia que es reclamada agudamente por el niño y que es condición de un crecimiento y desarrollo sin sobresaltos de su personalidad psicológica (Cámara 1° Civil y Comercial de San Nicolás, 22-12-94, en Revista de Derecho privado y comunitario, N° 11, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 339); ii) “La mera circunstancia de no realizar el reconocimiento espontáneo de filiación extramatrimonial constituye una ilicitud que ha generado en el menor un daño futuro y que debe resarcirse con independencia de su edad” (Cámara 1° Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, 28-4-94, en Revista de Derecho privado y comunitario, N° 7, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 387) e incluso cabría citar iii) “el desconocimiento del padre y la negativa a someterse a pruebas biológicas generan un agravio moral, futuro y cierto en el niño, ya que la historiografía de su vida va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente, por lo que se constituye en un daño indemnizable”. (Cámara Nacional Civil y Comercial de Junín, 22-9-95, en Revista de Derecho privado y comunitario, N° 12, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. al 8).

<sup>26</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2010, pág. 50.

<sup>27</sup>Desde el punto de vista de la evolución de las pruebas biológicas, podemos señalar resumidamente que en el año 1952 se descubrieron los antígenos de histocompatibilidad (HLA), y en 1970 se logró conocer en su integridad la información genética de la persona mediante el Ácido desoxirribonucleico – ADN (elemento químico que se hereda de los padres por mitades). Es así que, el método de HLA se vio desplazado por el ADN, el mismo que está revestido de un elevado grado de certeza. Cabe precisar que la prueba biológica del ADN se sustenta en las diferencias genéticas entre los seres humanos, ya que las características del ADN de una persona son únicas e inmutables y están determinadas desde el momento mismo de la concepción, por la dotación genética que recibe de sus padres y, a través de ellos, de sus demás ancestros.

Es un proceso especial *ex code*, no tratado en el Código Procesal Civil<sup>28</sup>. Es así que, el legislador ávido optó, preferentemente, por promulgar una nueva ley antes de modificar el Código Procesal Civil. Su fin era claro: declarar la paternidad, salvo prueba biológica en contrario.

#### **2.2.2.2. Antecedentes Normativos**

El Perú, a pesar de las dificultades que se presentan no se encuentra ajeno a la modernización de algunos avances tecnológicos. Por eso, clara muestra es la filiación, que viene a ser preocupación de todos los días. Por consiguiente, el Código Civil de 1984, no previó los avances biocientíficos.

La investigación de la paternidad, a través del ordenamiento jurídico peruano, ha tenido un tratamiento diferenciado, así tenemos:

- El Código Civil de 1852. Influenciado por el Código Francés y más radical aún que el propio Código Napoleón, prohibió no sólo la investigación de la paternidad natural, sino incluso la de la maternidad natural.
- En el Código Civil de 1936, con la regulación de supuestos y presunciones creadas por el derecho - existencia de escrito indubitado del padre reconociendo la paternidad o de hallarse el hijo en (a

---

<sup>28</sup>El Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, realizado el 21 de junio de 2005, acordó por unanimidad: “PRIMERO.- En tanto la Ley N° 28457, crea una forma especial de solicitar la filiación de paternidad extramatrimonial, debe cumplirse con la misma y en efecto tramitarse la filiación extramatrimonial, en este proceso especial, dado que el proceso que se ha diseñado por la Ley N° 28457 que modifica el artículo 402° del C.C., es un proceso de naturaleza especial que no se ajusta a ninguno de los procesos del Código Procesal Civil (...)”.

posesión de dicho estado) permitió la investigación de la paternidad extramatrimonial.

- En el Código Civil de 1984, esta situación no varió, es decir, se permitió la investigación de la paternidad extramatrimonial con los mismos supuestos y presunciones previstos en el código de 1936, no obstante que en ese año se descubre la aplicación del ADN para verificar el nexo filial.

Recién en el año de 1999, con la Ley N° 27048 se incorpora la posibilidad de actuar la prueba del ADN para demostrar el vínculo entre el presunto padre y el hijo comprobada a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, cuya tramitación se sigue de conformidad con la Ley N° 28457.

En ese entendido, recién aparece una propuesta normativa que es asumida luego como proyecto legislativo<sup>29</sup>, por varios congresistas, plasmada recién el 8 de enero de 2005, en la Ley N° 28457<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup>Proyecto N° 1077212003-CR,91612004, Paternidad extramatrimonial / Proceso de filiación, Sumilla: Propone regular el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial, proponente: Alcides Chamorro; Proyecto N° 10919/2003-CR, junio 2004, Código de los niños y adolescentes: 182 I Proceso de filiación de paternidad, sumilla: Propone modificar el artículo 182° del Código del Niño y Adolescente, referente a la vía procesal especial para filiación, proponente: Yonhy Lescano Ancieta tomando como base lo aprobado por la Ceriajus; Proyecto N° I1536/2004-CR,2310912004, Filiación extramatrimonial, sumilla: Propone la ley que establece el proceso de filiación extramatrimonial, proponente: Fausto Alvarado Doderó. Los tres congresistas fueron miembros de Ceriajus. El segundo gran impulsor de esta ley el último que dio el pecho en el proyecto de reforma del sistema de justicia.

Asimismo, otros proyectos buscaron sumarizar el proceso de filiación: proyecto N° 10312,71412004, Filiación extramatrimonial / sumarizar el proceso, Sumilla: Propone sumarizar el proceso de filiación extramatrimonial; Proyecto 7471,317 12003, Código procesal civil: 546,547/ Proceso sumarísimo filiación extramatrimonial, sumilla: Propone modificar los artículos 546 y 547 del Código Procesal Civil, referente a que es procedente tramitar como proceso sumarísimo la filiación extramatrimonial; Proyecto 5781, 31312003, Código Procesal Civil: 546,547/ Trámite sumarísimo/ Filiación extramatrimonial, Sumilla: Propone modificar los artículos 546° y 547° del Código Procesal Civil, e incorpora al trámite sumarísimo a la filiación extramatrimonial.

<sup>30</sup>Curiosamente, esta ley no fue promulgada por el Presidente de la República, Alejandro Toledo Manrique, lo que determinó que el Congreso ordenara su publicación y cumplimiento. Parece absurdo que una ley con tanta trascendencia no haya contado ni con la aprobación o, al menos, observación alguna

La justificación para la formulación y aprobación de este proceso fue la contundencia de la prueba de ADN<sup>31</sup>. Los resultados efectivos que de ella pueden obtenerse para establecer quién es el padre no merecen mayor discusión. Si existe certeza en la prueba de la pretensión a invocarse, el proceso debe ser ágil, de prontitud y eficacia en mérito de lo reclamado<sup>32</sup>.

Toda una revolución procesal que debe ser entendida en la dimensión del problema que busca afrontar. La suerte a la que muchos demandados en paternidad encomendaban su defensa queda de lado para hacer frente a una investigación objetiva, y directa<sup>33</sup>.

### **2.2.2.3. Filiación de paternidad extramatrimonial en la Ley N° 30628**

La declaración judicial de la filiación de paternidad se da inicio por falta de reconocimiento voluntario del padre, y sus múltiples

---

del primer mandatario. Puede presumirse que el caso judicial seguido en su contra sobre declaración judicial de paternidad, que terminó en una transacción reconociendo a Zara Toledo Orozco, dejó una huella en el Mayor referencia del caso Yide Diálogo con la jurisprudencia, Año 8, N°40, Lima, 2002.

<sup>31</sup>La Casación N° 4307-2007/Loreto45, en donde se precisó que “Desde la vigencia de la Ley 28457 que agregó al artículo 402 del Código Civil, como sustento de la declaración de filiación extramatrimonial, las pruebas de identidad genética, particularmente la denominada del ADN, ha modificado fundamentalmente el concepto jurídico de la investigación y reconocimiento de la paternidad lo que inclusive ha afectado la presunción “pater is”, sustento del artículo 361, pues esta prueba, por su rigor científico y alto grado de certeza, permite establecer la relación de paternidad, dejando ya sin vigencia el antiguo aforismo “mater certus, pater Samper incertus”, y hoy en día, el padre puede tener certeza absoluta sobre su progenie”. Asimismo, tenemos la Casación Nro. 2026-2006/Lima46, en donde se precisó que “la prueba del Ácido Desoxirribonucleico – ADN; es la prueba genética más exacta y eficaz disponible para determinar relaciones familiares, puesto que se basa en el Acido Desoxirribonucleico – ADN, que no es sino el componente principal del material genético, contenido de cada célula de todo organismo”. Por último, cabe hacer mención al Pleno Jurisdiccional de Familia de 1997 en donde se precisó “por consenso que sí es procedente ordenar la prueba de ADN en los procesos de declaración de paternidad; sin embargo, no debe exigirse su cumplimiento contra la voluntad de llamado a someterse a dicha prueba, pues ello atentaría contra su libertad individual. En los casos de negarse la parte, esta conducta será apreciada por el juez, pudiendo extraer conclusiones negativas para el que se opuso, de conformidad con el artículo 282 del CPC”.

<sup>32</sup>VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 105.

<sup>33</sup>Ibídem, pág. 108.

circunstancias que se puedan tener. La determinación de una paternidad consiste en el establecimiento jurídico de la filiación en este caso de padre-hijo. Esto es, en estricta relación de un fundamento natural: “la procreación”.

En este proceso de la filiación el juez resuelve de acuerdo a la prueba de ADN (prueba científica) o a la conducta, del demandado. La peculiaridad que presenta este nuevo proceso marcan una pauta de especialidad de cómo se enfrentará el problema social de la paternidad no reconocida en su sociedad peruana. Asimismo, se considera que se trata de un proceso de reconocimiento forzoso. Por todo ello, a decir verdad lo que antes dependía de la voluntad del padre hoy se impone por las evidencias biológicas - científicas.

#### **2.2.2.3.1. Características de la Ley N° 30628**

##### **1. Demanda 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. (...).*

La competencia es del juez de paz letrado, de modo que la pretensión debe ser interpuesta ante dicho magistrado. Lo que en definitiva facilita el acceso a la Justicia, para quienes ponen en marcha al órgano jurisdiccional. Se debe, tener legítimo interés económico y moral (artículo VI del título preliminar del Código Civil Peruano) e invocar legitimidad para obrar. Entonces, se

entiende que la madre del menor no reconocido puede demandar. Además, el tutor de menor no reconocido, el hijo mayor no reconocido. Y así, hasta los curadores de los hijos mayores no reconocidos.

Calificada la demanda y si el juzgador considera, que se han cumplido con todos los presupuestos materiales y procesales que le permitan emitir válidamente una resolución sobre el fondo de la Litis. Por ende, expedirá una resolución admitiendo a trámite la demanda. Es así, que el juzgador no declara la filiación aún, en realidad expide un mandato disponiendo que el obligado o supuesto padre, reconozca en sede judicial al hijo aún no reconocido, otorgándole el plazo de diez días para hacerlo, plazo que le permite además formular oposición. Asimismo, de no hacerlo, el mandato expedido por el juez se convertirá en una declaración judicial de paternidad.

La propuesta se sustentó en que al no existir mayor complejidad en la probanza en el nuevo proceso. Sino únicamente fallar sobre la base del resultado genético. Por lo que, la actividad del juez es mínima y se consideró que esta labor podía ser realizada por el juez de paz letrado<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 53.

## 2. Titular de la acción

El titular, de acuerdo al Código Civil menciona que las acciones de paternidad son personales.

*Artículo 407°.- La acción corresponde sólo al hijo. Empero, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste. El tutor y el curador, en su caso, requieren autorización del consejo de familia. La acción no pasa a los herederos del hijo. Sin embargo, sus descendientes pueden continuar el juicio que dejó iniciado.*

Quien tenga la legitimidad para obrar puede actuar, en este caso puede, la madre actuar en representación de su hijo si es menor de edad.

Este es un cambio importante en el que se toma en cuenta el interés moral o familiar<sup>35</sup>, 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<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup>En el título preliminar del código civil de 1984. Artículo VI; Interés para obrar. - Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley

<sup>36</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 55.

### 3. Sistema cerrado

Esta modificatoria de acuerdo a su regulación nos lleva a sostener que el sistema de investigación de la paternidad extramatrimonial asumido es cerrado. Debido, a no se admite otro tipo de prueba, sino únicamente la prueba de ADN. Estableciéndose con mucha restricción, tanto así llegando al extremo que el demandado tenga que si o si, aceptar a realizarse dicho examen biológico.

El profesor, Varsi Rospigliosi, "*La precisión es su carta de garantía*", precisión que se encuentra en manos del técnico especialista que trabaja con las muestras obtenidas, no habiendo el mínimo de duda de la relación paterno filial una vez alcanzado el objetivo de la realidad.

Esta ley lo que en silencio pretende es dejar entender, la frase popular "*él que no debe no la teme*". Es una forma de garantizar al menor un padre. Sin embargo, este padre tal vez biológicamente puede no serlo, ¿Qué duro tan solo pensar que él fue mi padre, nunca lo fue?, acaso será cuestión de vivirlo, ¿no creo verdad?, bueno ya no importa, lo que si es preciso pensar es que ya hay alguien a quien identificar como el culpable y se encargará de velar por una pensión de alimentos de forma mensual.



#### **4. Un proceso ultra-sumarismo**

El proceso aprobado sólo puede ser utilizado para la paternidad extramatrimonial. No es aplicable a otro tipo de acciones filiales. En otras palabras, la materia procesal en este aspecto es reducida, casi de una forma inexistente, pero no por ello menos importante. Debido a que, presentarse casos sin padre, sin madre (cuando preguntó cuál de los curas era su papá, recibió un bofetón por insolente, creo que en realidad nada sabía de sus progenitores. Isabel Allende, Eva Luna) situación de los expósitos, abandonados, hospicianos, recogidos y albergados en inclusas. Sin familia, no hay pobreza peor<sup>37</sup>.

El legislador, se ha tomado la molestia de pensar, no sé, si para bien o para mal, en buscar un ágil reconocimiento de los hijos por parte de los padres. Aun me resulta un tanto sensato que para discutir la filiación era necesario crear un proceso ultra sumarismo en donde el presunto padre sindicado por la demandante, él si otra posibilidad alguna tiene que practicarse la prueba de ADN, asumiendo su costo y con el resultado de esta o sin ella declarar una filiación de paternidad.

#### **5. Oposición**

La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN. Esto es, dentro de los

---

<sup>37</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 64.

diez días siguientes de notificado con la demanda. El costo de la prueba será abonado por el demandado en el momento de la toma de las muestras.

Además se refiere que en la audiencia se procederá conforme al artículo 555<sup>38</sup> y demás del Código Procesal Civil. El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo. En el supuesto que el presunto padre no tuviera un domicilio conocido o inubicable o este haya muerto, podrá realizarse la prueba al padre, madre u otros hijos del demandado.

*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.  
(...).*

---

<sup>38</sup>Artículo 555.- Actuación

Al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas, el Juez ordenará al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuarán los medios probatorios pertinentes a ellas. Concluida su actuación, si encuentra infundadas las excepciones o defensas previas propuestas, declarará saneado el proceso. El Juez, con la intervención de las partes, fijará los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba.

A continuación, rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato.

Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el Juez concederá la palabra a los Abogados que así lo soliciten. Luego, expedirá sentencia.

Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia.

Nota. - Posteriormente mediante el Decreto Supremo N° 005-2010-JUS, publicado el 30 abril 2010, se aprueba el Calendario Oficial para el año 2010, señalando la fecha de entrada en vigencia del D.Leg. N° 1070 en diversos distritos conciliatorios; mediante Decreto Supremo N° 008-2011-JUS, publicado el 06 julio 2011, se aprueba el Calendario Oficial para el año 2011 de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1070, en diversos distritos conciliatorios del país; mediante Decreto Supremo N° 015-2012-JUS, publicado el 21 octubre 2012, se aprueba el Calendario Oficial para los años 2012 y 2013 de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1070, en diversos distritos conciliatorios del país; y mediante Decreto Supremo N° 008-2014-JUS, publicado el 30 septiembre 2014, se aprueba el Calendario Oficial para el año 2014 de la entrada en vigencia de la obligatoriedad del intento conciliatorio previo a un proceso judicial, en distintos distritos conciliatorios del país.

La filiación es asumida como pretensión principal y de forma accesoria la pensión de alimentos. Solo se puede formular oposición al mandato expedido por él juez, el cual se suspende si el emplazado se obliga a someterse a la prueba biológica del ADN. Es decir, el supuesto padre no tiene otro medio de defensa. Por lo tanto, sólo le queda someterse a la prueba biológica del ADN.

El costo de la prueba está a cargo de la parte demandada. Pero desde una interpretación sistemática podría asumirse que se podrá solicitar auxilio judicial de conformidad con lo previsto en artículo 179 y demás del Código Procesal Civil. No se admite la posibilidad de que el obligado a realizarse la prueba del ADN pueda justificarse<sup>39</sup>.

*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.*

---

<sup>39</sup>Hecho que en la ley N° 28457, si existe la posibilidad de presentar causas de justificación, con argumentos razonables, y estar debidamente probados así por ejemplo la edad avanzada, la imposibilidad física de haber cohabitado con la madre, por estar de viaje o en prisión, padecer de infertilidad o impotencia.

La ley regula el derecho al recurso de apelación consagrada a nivel constitucional. De modo tal, que la declaración judicial de filiación podrá ser apelada en el plazo de tres días ante el juzgado de familia. Por lo tanto, dicho pronunciamiento de un juez especializado será en un plazo no mayor de diez días.

La procesalista peruana Ariano Deho, precisa que, es muy probable que se le haya atribuido la competencia al juez de paz letrado por el noble argumento de “facilitar el acceso” y el no tan noble de “evitar la casación”, es decir para que el asunto muera en línea de tendencia ante el propio juez de paz letrado o, a lo más, ante el juez de familia (artículo 5°), sin perturbar ni un poco con estas cuestiones ni a las salas de la Corte Superior ni, por cierto, a las salas de la Corte Suprema. Ergo, por implícito, el legislador descarta que este tema pueda dar lugar a problemas de “nomofilaquia” que precise de la intervención de la Corte Suprema. A lo que es decir<sup>40</sup>.

Esta norma, tiene un objetivo claro resolver un problema grave de la sociedad peruana: el no reconocimiento de los hijos por los padres y el prejuicio para aquellos por no tener una filiación paterna reconocida. En ambos siendo una realidad social que informa objetivamente la necesidad de fomentar el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial. De esta manera, suprimiendo las posibles afectaciones al derecho de

---

<sup>40</sup>ARIANO DEHO, Eugenia. *El nuevo Proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?* Lima, Gaceta Jurídica - Actualidad Jurídica suplemento mensual N° 134, 2005, pág. 65.

identidad de los niños o adolescentes no reconocido. Sin embargo, se considera que no se trata de que los objetivos se puedan lograr a costa de cualquier fórmula. En consecuencia, se tiene que emplear el criterio de razonabilidad.

Algunos doctrinarios manifiestan:

*“Esta alternativa ilegítima a las luz de las opciones descritas en la constitución, teniendo en cuenta las características de este especial proceso de filiación, dentro de cuyo contexto se desenvolverá el conflicto de derechos<sup>41</sup>”.*

En efecto, los medios propuestos en la ley N° 30628, para la promoción del derecho a conocer a los padres resultan restricciones gravosas principalmente al derecho de la identidad, e intimidad. Así por el solo dicho de la demandante y sin que medie ningún principio de prueba quedará determinada la paternidad extramatrimonial. Ello confirma la primera impresión que se tuvo de la ley N° 30628: evidencia un retorno a la máxima *ancien droit*, según la cual *creditur virgini pregnati*: “sea creída la virgen preñada, que manifieste el nombre del varón que la dejó en tal estado”.

#### **2.2.2.4. El proceso civil**

Se entiende, como cualquier conjunto de actos coordinados para producir un fin. Es así que, en sentido jurídico y de forma general por

---

<sup>41</sup>PÉREZ, Duarte y Alicia Elena, NOROÑA. *En Biblioteca Jurídica Virtual*. En: mht/estantería.de.libros. visitado el: 01-11-2017.

proceso se entiende como una serie o cadena de actos coordinados para un logro de un fin jurídico<sup>42</sup>. Dado que, el fin es la justicia.

De postulado romano “*ubi societas ubi ius*”<sup>43</sup>, hoy en nuestros días, sigue siendo una realidad constante, ambos son un binomio indisoluble, a medida que la sociedad evoluciona, el derecho también tiene que ir mejorando sus condiciones en su regulación para establecer una sociedad más justa.

La necesidad de un procedimiento jurídico regulado por ley en sentido formal. El proceso, es aquel que está conformado por una serie gradual, progresiva y concadenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva. Entendido, como medio técnico destinado a ser vehículo de la jurisdicción, debe culminar en la sentencia.

Eugenia Ariano, nos comenta lucidamente que, “en nuestro proceso las partes [hablan] por escrito, y luego tienen que callar (es decir, escriba o calle para siempre<sup>44</sup>...)”, y cuando se concurre a la audiencia no es para hablar y ser oídos por el juez, sino para oír – en el silencio – lo que el

---

<sup>42</sup>DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. 3ª edición. Universidad: Buenos Aires, 2004, pág. 155.

<sup>43</sup>Del latín, que significa: Donde existe sociedad, existe Derecho.

<sup>44</sup>El proceso declarativo peruano es tan escrito que con el CPC de 1993 “resucitó” de sus cenizas una de las excepciones procesales más características del proceso escrito: la *exceptio de oscuro libelo* (art. 446 inc. 4), una excepción tal mal engarzada con el (pseudo)proceso oral introducido por el Código, que su estimación da lugar a que «suspenda el proceso hasta que el demandante subsane los defectos señalados en el auto resolutorio y dentro del plazo que te fije» (art. 451 inc.3), o sea por escrito, y a estar a que la interposición de las excepciones (que los doctores medievales llamaban *litis ingressum impeditentes*) no «suspenden el proceso» (art. 447), cuando el juez estimando la excepción «suspende el proceso», para el demandado que planteó la excepción diciendo “no entiendo la demanda”, ya es muy tarde porque en ese momento debe haber vencido ya el plazo para contestar la demanda (que dijo que era oscura) y como tal debe haber va contestado a dicha demanda (oscura), pues de lo contrario habrá sido declarado rebelde, !teniéndose por ciertos los hechos afirmados en la oscura demanda!, ¡Qué maravilla y todo ello en un proceso que se dijo ora], en donde el juez entra en contacto directo con las partes, sumergiéndose en el drama humano que éste conlleva! Sin embargo, el guion del drama se escribe en la demanda y en la contestación, y de estimarse la excepción de oscuridad, el guion no se aclara en la audiencia (la que fuere) sino por escrito, y sin que el demandado pueda asumir posición (ni por escrito ni verbalmente) frente a la demanda aclarada. ¡Vaya proceso oral!

juez habla, dictando a su auxiliar para que transcriba el acta, en conforme cumplimiento del artículo 204 del Código Procesal Civil.

## **2.2.2. Teoría Jurídica**

### **2.2.2.1. Necesidad de una teoría de la argumentación jurídica**

#### **racional**

El derecho es esencialmente una actividad argumentativa que tiene que ver con el lenguaje. Al mismo tiempo con la lógica y con otras formas de argumentación. Es un tanto soslayada en la cultura jurídica contemporánea.

El derecho es algo más que un conjunto de normas jurídicas. Debido a que, la ciencia del derecho no es neutral, entonces tenemos que echar mano no sólo de la lógica formal. Sino también, de una teoría de la argumentación, que nos ayude con el trabajo de ponderación de principios. Por lo tanto, construir y dar buenas razones para sostener tesis, normas y proposiciones jurídicas<sup>45</sup>.

La argumentación jurídica puede ser considerada como un caso especial de la argumentación práctica general. Significa que está subordinada a la ley, la dogmática y el precedente. Por ello, se plantea la necesidad de formular los enunciados doctrinales de una manera lógica coherente con la normativa jurídica. La argumentación jurídica puede

---

<sup>45</sup>Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas”, en Revista de teoría y filosofía del derecho Isonomía, N° 1, ITAM, octubre, 1994.

concebirse como “el lenguaje del derecho resultante de la aplicación actual de reglas y principios a la solución de conflictos prácticos que la sociedad se plantea en el ámbito del derecho”. En consecuencia, es una herramienta que le permite a la judicatura a ser frente a las nuevas necesidades hermenéuticas cuya observancia exige examinar las normas y los principios constitucionales en el supuesto que entran en conflicto.

El juez debe actuar aquí sin arbitrariedad; su decisión debe descansar sobre una argumentación racional. Debe haber quedado claro que la ley escrita no cumple su función de resolver justamente un problema jurídico. La decisión judicial llena entonces esta laguna, según los criterios de la razón práctica y las concepciones generales de justicia consolidadas en la colectividad<sup>46</sup>.

La propuesta de Alexy, la cual sostiene que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general. Y que, cuyo objetivo fundamental es el cómo fundamentar las decisiones jurídicas. El sostiene que son necesarias las valoraciones en el derecho.

El núcleo de la tesis del caso especial consiste por ello en sostener que la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico; pero esta pretensión, a diferencia de lo

---

<sup>46</sup>Traducción de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO a ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima, Palestra editores, 2007, pág. 58.



que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino solo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentales<sup>47</sup>.

#### **2.2.2.2. Base de la teoría de las normas: reglas y principios**

El fundamento de la teoría de las normas contiene, por una parte, la subsunción, y por otra, la ponderación, la diferencia entre reglas y principios. Las reglas, son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.

Los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas y valorativas. Las

---

<sup>47</sup>Traducción de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO a ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima, Palestra editores, 2007, pág. 305.

posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario<sup>48</sup>.

El orden jerárquico de valores, se hará referencia a los valores relevantes en una decisión de derecho fundamental. Puede discutirse acerca de que valores son relevantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales y que valores no los son. La posibilidad de que surja una polémica como esta dificulta la creación de un orden de valores que contenga todos y solo aquellos valores relevantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es decir, la creación de un orden de valores completo y cerrado<sup>49</sup>.

### **2.2.2.3. El principio de proporcionalidad**

Se objeta que el concepto de ponderación que no constituye un método que permita un control racional. Los valores y los principios no regulan por sí mismos su aplicación. Por lo tanto, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de quien la realiza. Allí donde comienza la ponderación, cesaría el control que surte por medio de las normas y el método. Se abriría así un margen para el subjetivismo y decisionismo judicial. Estas objeciones son resaltadas en la medida en que con ellas se exprese que la

---

<sup>48</sup>Traducción de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO a ALEX Y, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima, Palestra editores, 2007, págs. 458-459.

<sup>49</sup>Traducción de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO a ALEX Y, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edición. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, pág. 130.

ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente, a un resultado. Sin embargo, dichas objeciones no son correctas en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o irracional<sup>50</sup>.

El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina, “ley de la ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera: “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro<sup>51</sup>”.

Alexy, entiende que todas las decisiones jurídicas se obtienen a través de las discusiones con el respeto a las reglas básicas del discurso general racional. Si éstas se cumplen, la decisión obtenida puede ser considerada como racional. De modo que es el procedimiento lo que garantiza la racionalidad de toda decisión jurídica.

#### **2.2.2.4. Colisión y ponderación de los derechos fundamentales**

La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad. Es así que, cuanto más racional sea la

---

<sup>50</sup>Traducción de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO a ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edición. Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, pág. 135.

<sup>51</sup>Traducción de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO a ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima, Palestra editores, 2007, pág. 460.

ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. Pero hay tres problemas básicos: el de la estructura, el de la racionalidad y el de la legitimidad. Sin embargo, en estos problemas existen vínculos estrechos. Por lo tanto, la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad.

El problema de la estructura de la ponderación es la cuestión central de la ponderación en el derecho<sup>52</sup>. Existen dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación. Es así que, mientras la subsunción ha sido relativamente bien investigada. En lo que concierne a la ponderación, aún hay muchas preguntas por responder. Por lo que se concluye que este tema muy complejo y delicado.

La ponderación no puede ser una decisión arbitraria. Por ello, el alemán Alexy, enseña que cuando dos principios entran en colisión uno de ellos debe ceder frente al otro. Sin que, ello significa declarar inválido el principio desplazado. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias se adopte por un principio. De esta manera se establece una decisión justa.

---

<sup>52</sup>Traducción de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO a ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima, Palestra editores, 2007, pág. 457.

El conflicto debe resolverse según la dimensión del peso<sup>53</sup>. Por lo que, en los casos concretos los principios tienen diferente peso. Es así que, una cuestión puede ser solucionada de manera inversa. Lo fundamental es que esté debidamente fundamentada y motivada. Por lo tanto, sería cuestionable su racionalidad y legitimidad.

#### **2.2.2.5. Ponderación de los derechos constitucionales**

En este sentido, los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, sino que tiene límites: así, el ejercicio de los derechos consagrados por el ordenamiento jurídico de otros sujetos, en tutela del Estado Democrático de Derecho.

Cuando el “derecho a la libertad y el debido proceso”. Son garantías que se encuentran involucrados en el caso otros derechos constitucionales. Así como, al nombre y a la identidad de los menores consagrados en la normativa vigente<sup>54</sup>. Se va aplicar la norma legal constitucional.

El derecho a la identidad, de rango constitucional, tiene su correlato en el derecho a investigar la paternidad. Con el procedimiento instaurado por la ley peruana, se logra la

---

<sup>53</sup>Traducción de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO a ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima, Palestra editores, 2007, pág. 89 y ss.

<sup>54</sup>Vide artículo 2º, inciso 1, de la carta política; artículo 19º, 21º y 26º del código civil, y artículo 6º del código de los niños y adolescentes.

“Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece [...]”

promoción del derecho a la investigación de la paternidad extramatrimonial a fin de conocer quién es el padre.

La cuestión se plantea en determinar si los derechos tutelados por la ley de alguna manera restringen otros derechos fundamentales y, en tal caso, si dicha restricción ha tenido en cuenta el *test de razonabilidad*<sup>55</sup>.

En la doctrina se señala<sup>56</sup>, que la ley supera el test de razonabilidad pues cumple con: a) el principio de idoneidad fomentando un interés constitucional legítimo, la investigación de la paternidad salvaguardando la niñez e incentivando la paternidad responsable; b) el principio de necesidad, dado que se presenta como un proceso que da una solución efectiva a la determinación de la paternidad protegiendo así el derecho a la identidad en condiciones de igualdad y justicia; c) el principio de proporcionalidad, pues la ley intimidatoria de paternidad es acorde con su finalidad de la protección del derecho a la identidad y la promoción de la paternidad<sup>57</sup>.

#### **2.2.2.6. Razonamiento jurídico como caso especial**

La idea básica de la teoría del discurso, según Alexy, es que es posible argumentar racionalmente - pretendiendo

---

<sup>55</sup>Debe cumplir con los principios de “idoneidad” en la injerencia de los derechos. “necesidades” para alcanzar el objetivo propuesto y “proporcionalidad” entre el fin propuesto y la restricción.

<sup>56</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, marzo 2010, pág. 99 y ss.

<sup>57</sup>La sentencia N° 1699-2007/Lima Norte.

hacerlo de forma correcta - sobre cuestiones prácticas. El discurso práctico (discursos morales, éticos y pragmáticos) es racional si cumple las condiciones de la argumentación práctica racional. Cuando esto es así, el resultado del discurso es correcto. La teoría del discurso es, por lo tanto, una teoría de procedimiento de lo correcto a nivel práctico<sup>58</sup>.

Las condiciones de racionalidad del procedimiento del discurso pueden sintetizarse en un sistema de normas del discurso. La racionalidad práctica puede definirse como la capacidad de llegar a resoluciones prácticas mediante la utilización de este sistema de normas<sup>59</sup>.

Alexy, arranca de una teoría de la argumentación práctica general que proyecta luego al campo del derecho. Su tesis central es que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, esto es, del discurso moral. Además, utiliza fuentes muy variadas en su teoría, pero, entre ellas destaca la teoría del discurso racional de Habermas.

La tesis central de Alexy, es que la conexión más relevante entre el discurso práctico general y el jurídico no se encuentra en la coincidencia estructural de las reglas y formas de la argumentación, sino más bien en la necesidad de argumentos prácticos generales en el marco del discurso jurídico.

---

<sup>58</sup>MÁRQUEZ ROMERO, Raúl. *Instituto de Investigaciones Jurídicas serie doctrina jurídica, Núm. 134*. file:///C:/Users/RONALD/Downloads/3316\_lectura\_2\_razonamientoi\_y\_criterios\_para\_justificacion\_externa\_amag%20(1).pdf. Visitada en: 02/01/17.

<sup>59</sup>Traducción de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO a ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edición. Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, pág. 135.

Lo característico del discurso jurídico es que tiene un carácter institucionalizado, es decir, está regulado por normas jurídicas, de manera que ello asegura que se llegue a un resultado definitivo obligatorio y contiene no sólo un aspecto argumentativo, sino también un elemento de decisión.

Alexy, distingue como hemos examinado ya, dos aspectos en la justificación de las decisiones jurídicas, la justificación interna y la justificación externa, de manera que existen dos tipos de reglas y formas del discurso jurídico. La justificación interna del razonamiento lógico deductivo y la justificación externa, es decir, la justificación de las premisas.

La argumentación jurídica ha de ser una argumentación racional (el juez ha de actuar sin arbitrariedad), y si se carece de norma jurídica escrita, la decisión judicial integrará el ordenamiento jurídico según los criterios de la razón práctica y las ideas generales de justicia.

### **2.2.3. Variable Independiente - Interés superior del niño**

Antes del siglo XIX los ordenamientos jurídicos regulaban la situación de la infancia solo a partir de las atribuciones de los padres sobre sus hijos. Es a partir del siglo XIX que se fueron construyendo el concepto<sup>60</sup>. Es así que hoy se encuentran en su máxima expresión dentro los estamentos internacionales.

---

<sup>60</sup>PLACIDO V., Alex. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima, Instituto Pacifico, 2015, pág. 137.



En el siglo XX, el concepto del “interés superior del niño” llega a tener un posicionamiento fundamental. Sin embargo, el enfoque tutelar y paternalista en la época. Más aun, restringía la adopción del concepto solo a la esfera del derecho de familia<sup>61</sup>.

Los primeros instrumentos internacionales referidos a la protección de los derechos de la infancia. La historia del desarrollo del concepto tiene en el siglo XX un rápido proceso de maduración en diversos ámbitos. Así, en la declaración de Ginebra de 1924, llamada la declaración de los Derechos del Niño<sup>62</sup>.

### **2.2.3.1. Herramienta para la protección de la infancia y adolescencia**

El comité de los derechos del niño ha insistido en que el interés superior de niño es uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>63</sup>. De acuerdo con ello, el concepto del interés superior del niño no debe plantearse solo desde un punto de vista legal. Debe ser una consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños<sup>64</sup>.

El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos

---

<sup>61</sup>PLACIDO V., Alex. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima, Instituto Pacifico, 2015, pág. 137.

<sup>62</sup>Ibídem, pág. 137.

<sup>63</sup>Ibídem, pág. 126.

<sup>64</sup>Ibídem, pág. 127.

reconocidos por la convención y el desarrollo holístico del niño, resaltando que tiene una triple acción: a) Un derecho sustantivo: “derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se avalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a los niños en general”; b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”; c) Una norma de procedimiento: “siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados”. El derecho del niño debe ser considerado como un todo<sup>65</sup>.

El interés de un niño será, en todo caso, objeto de consideración<sup>66</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, “se fundamenta en la dignidad misma del ser humano en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la

---

<sup>65</sup>PLACIDO V., Alex. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima, Instituto Pacifico, 2015, pág. 128.

<sup>66</sup>Ibídem.

naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>67</sup>”.

Igualmente, este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, solucionando, de esta manera, la disociación existente, en un caso concreto. Entre la norma y su administración o realización. Siendo así, “el interés superior del niño representara la valoración prevaleciente en la especie a decidir, con alcances particulares<sup>68</sup>”.

La consideración del interés superior del niño para hacer efectivos sus derechos fundamentales, como sujeto de derechos, es de vital importancia para una interpretación y una aplicación racional de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>69</sup>.

La noción de derechos humanos, parte de la idea de que todas las personas cuentan con una protección. En ese sentido, es deber de los estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria<sup>70</sup> de las personas. Están incluidos los niños que gozan de los derechos consagrados en forma

---

<sup>67</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Nota 56.

<sup>68</sup>D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Convención sobre los derechos del niño. Comentada anotada exegéticamente con jurisprudencia nacional y extranjera*. Buenos Aires, Astrea, 2001, pág. 47.

<sup>69</sup>PLACIDO V., Alex. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima, Instituto Pacifico, 2015, pág. 131.

<sup>70</sup>Ibídem, pág. 134.

primordial. Todo ello descansa en el paradigma de la protección integral.

La “protección integral”, implica reducir los márgenes de discrecionalidad de la autoridad pública. Se menciona que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme. Así también se sostiene, las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica<sup>71</sup>. Sin embargo, lo que se busca es asegurar la vigencia efectiva de los derechos de los niños<sup>72</sup>.

El interés superior del niño se ha elevado al carácter de norma fundamental. Se viene asumiendo que funciona como un rol jurídico definido en la tutela de los menores. Además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico llegando hasta las políticas públicas. Hasta incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas<sup>73</sup>.

A los menores se les reconoce como sujeto de derechos. Desde que, en el transcurso del desarrollo de su etapa son adolescentes. Es allí donde, podrán ejercer por si mismos sus derechos y libertades indeclinables. “El interés superior del niño” consiste en la adquisición progresiva de mayor

---

<sup>71</sup>PLACIDO V., Alex. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima, Instituto Pacifico, 2015, pág. 135.

<sup>72</sup>Ibidem, pág. 133.

<sup>73</sup>Ibidem, pág. 135.

autonomía y una identidad de “adulto” que le habilite ejercer directamente sus derechos y libertades<sup>74</sup>. Por lo tanto, gozan de pleno facultad para ejercer sus derechos por sí mismos.

### **2.2.3.2. La identidad del niño como persona humana**

La identidad personal es un derecho de connotaciones binarias consistente en la autoconciencia que el individuo tiene de sí mismo como un ser único y distinto de sus congéneres. En efecto cada persona tiene signos distintos formales y sustanciales (jurídicas, ideológicas y conductuales) que lo hacen esencialmente disímil a los demás, al margen por cierto de características naturales que son comunes a toda la especie humana (la libertad, la racionalidad, la sociabilidad). A través del reconocimiento y construcción de la propia identidad, cada ser humano fija su biografía<sup>75</sup>.

Este derecho conlleva a que se le individualice a través de expresiones lingüísticas convencionales inscritas registrales y a que adicionales inscritas registralmente y a que adicionalmente se le identifique, reconozca y respete no solo jurídicamente como persona en sí, sino como una cierta

---

<sup>74</sup>PLACIDO V., Alex. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima., Instituto Pacifico, 2015, pág. 137.

<sup>75</sup>GARCIA TOMA, Víctor. *Derechos fundamentales*. Segunda edición. Arequipa, editorial Adrus, 2013, pág. 139.

“persona”, específica y peculiarmente diferente en razón al ejercicio y despliegue de su personalidad<sup>76</sup>.

León y Rebeca Grimberg, señalan que consiste en el reconocimiento de la persona como: “una identidad separada y distinta de la otras<sup>77</sup>”.

Por individualización, no se entiende un solo y único criterio, sino diversos, aun cuando todos ellos vinculados por la idea de la característica propia, es decir, la condición única e irrepetible de cada ser vivo. En dicho contexto, suele hablarse hasta tres veces variables, el código genético (que se encuentra asociado a la configuración cromosómica típica y exclusiva de cada ser humano), la capacidad de sentir (que puede ser asumida como la condición de sensibilidad físico - funcional), que le permite al feto distinguir las sensaciones y dolores desde muy temprano momento), y la autoconciencia (que sería un estatus de razonamiento a autodeterminación individual).

### **2.2.3.3. La idea de “interés” en el plano jurídico**

El “interés”, como categoría jurídica, es uno de los conceptos fundamentales en la consideración instrumental del

---

<sup>76</sup>GARCIA TOMA, Víctor. *Derechos fundamentales*. Segunda edición. Arequipa, editorial Adrus, 2013, pág. 140.

<sup>77</sup>LEÓN Y REBECA GRIMBERG, en GARCIA TOMA, Víctor. *Derechos fundamentales*. Segunda edición. Arequipa, editorial Adrus, 2013, pág. 140.

derecho, como medio para la satisfacción de los fines esenciales de la persona. El interés designa el sentimiento que se tiene de las condiciones de vida. Si me intereso por una persona, un objeto, por una situación, es porque yo siento que dependo de ella, desde el punto de vista de mi existencia o mi bienestar, de mi satisfacción o de mi felicidad. Los intereses son, pues, las condiciones de vida en un sentido lato”<sup>78</sup>. El “interés superior del niño” constituye un concepto jurídico indeterminado<sup>79</sup>.

El interés comprende, así, tanto a los bienes materiales, patrimoniales, como a los espirituales o ideales, todos aquellos a los que la persona considera (subjétivamente) valiosos; y afecta a la persona como una especie de “energía” en sus aspiraciones humanas, del tipo que fueran, materiales o ideales (éticas, religiosas, etc.)<sup>80</sup>.

#### **2.2.3.4. La funcionalidad del interés superior del niño**

La noción del interés superior del niño, tal como está definida en la Convención sobre derechos del niño es una noción que tiene dos funciones “clásicas”: el de controlar y el

---

<sup>78</sup>Traducción de Esp. ADOLFO POSADA a IHERING, Rudolph Von. *Del interés en los contratos*. Buenos Aires, 1947. P. 77. Véase, con más amplitud, sobre esta cuestión, RUIZ RESA, J.D. “El concepto de interés en Ihering”, en Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Granada. N° 3, Granada, 2000, pág. 435 y ss.

<sup>79</sup>PLACIDO V., Alex. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima, Instituto Pacífico, 2015, pág. 154.

<sup>80</sup>Ibídem, pág. 155.

de encontrar una solución (criterio de control y criterio de solución)<sup>81</sup>.

El criterio de control determina que el interés superior del niño sirva para velar que el ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los niños sea correctamente efectuado<sup>82</sup>.

El criterio de solución importa que la noción misma del interés superior del niño debe intervenir para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir la buena solución<sup>83</sup>.

#### **2.2.3.5. El interés superior del niño según el principio jurídico garantista**

El principio del interés superior del niño constituye un mandato. Está dirigido al estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas. Entonces el estado tiene que restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. A fin de garantizar la efectividad de los derechos subjetivos individuales.

Es un principio jurídico garantista. Porque, en un conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras

---

<sup>81</sup>PLACIDO V., Alex. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima, Instituto Pacifico, 2015, pág. 193.

<sup>82</sup>Ibídem.

<sup>83</sup>Ibídem.



personas. Los menores deberán tener primacía no excluyente de sus derechos reconocidos frente a los terceros”. Entonces es una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar.

Los derechos del niño dentro de la Convención. Es “un núcleo duro” que comprende el derecho a la vida, a la nacionalidad, a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc). Este es, pues, el contenido mínimo del deber del Estado de satisfacer los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por lo tanto, constituye un claro límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional.

#### **2.2.3.6. El interés superior del niño como pauta interpretativa**

La Convención establece que un derecho fundamental cede ante el interés superior del niño, se está disponiendo que determinados derechos pueden ser restringidos en aras de garantizar la eficacia de derechos de mayor jerarquía<sup>84</sup>.

De este modo, se relativizan ciertos derechos en aras de garantizar los derechos que se consideran superiores dentro del sistema normativo diseñado. Estos derechos de

---

<sup>84</sup>PLACIDO V., Alex. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima, Instituto Pacifico, 2015, pág. 199.

jerarquía superior son los que constituyen el “núcleo duro” de la Convención<sup>85</sup>.

El interés superior del niño como pauta interpretativa permitiría solucionar conflictos entre los derechos consagrados en la convención dando privilegio a determinados derechos que la propia convención entiende como superiores. Debe destacarse que solo así se evitara que se esgrima el interés superior de niño para limitar discrecionalmente derechos de los niños, sin proteger al mismo tiempo los derechos fundamentales consagrados en la convención<sup>86</sup>.

La funcionalidad del interés superior del niño se le aprecia en su consideración como principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños perteneciente al “núcleo duro” frente a otros derechos e intereses colectivos; y, como criterio interpretativo para resolver los conflictos entre derechos de los niños privilegiando los perteneciente al “núcleo duro” de derechos. De este modo se garantiza la reducción de los márgenes de discrecionalidad de los órganos estatales para restringir los derechos de los niños debiendo esgrimir como fundamento la protección de un derecho perteneciente al “núcleo duro” de la Convención. Ello

---

<sup>85</sup> PLACIDO V., Alex. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima, Instituto Pacífico, 2015, pág. 199.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pág. 193.

resulta acorde al paradigma de “protección integral” al objetivar las relaciones de estado, limitando la discrecionalidad de las autoridades públicas en estas relaciones y garantizar, en todo momento, la protección de los derechos de los niños consagrados en la Convención<sup>87</sup>.

#### **2.2.4. Variable Dependiente - La Sanción Procesal**

Del verbo latino, *praecludere*, que significa, “cerrar”, “atranchar”, “obstruir”, “impedir”, “estorbar”.

A su vez, *praecludere*, es el resultado de la unión entre el verbo *cludere*, (“cerrar”, “interceptar”, “cortar”, “terminar”) y el prefijo *prae*, (“delante”)<sup>88</sup>.

Por lo tanto, se puede entender, como la “acción y efecto” de cerrar delante.

Es la extinción en un concreto proceso de los poderes jurídicos-procesales no ejercitados por los sujetos que intervienen o pueden intervenir en ese proceso<sup>89</sup>.

Frente al principio de preclusión está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva,

---

<sup>87</sup>PLACIDO V., Alex. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima, Instituto Pacífico, 2015, pág. 199.

<sup>88</sup>Diccionario ilustrado latino-español y español-latino. 19 edición (reimpresión). Vox-Bibliográfica, Barcelona, 1988.

<sup>89</sup>VALLINES GARCIA, Enrique. *La Preclusión en el Proceso Civil*. Primera edición. Madrid, Civitas, 2004, pág. 33.

mediante la cláusula definitiva de cada uno de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados<sup>90</sup>.

Entender la preclusión como el cierre inexorable de una fase o etapa del proceso no consigue, en nuestra opinión, explicar plenamente la realidad. Lo verdaderamente característico de la preclusión no es el cierre de fases o etapas procesales, sino la imposibilidad de hacer algo en el proceso que antes si se podía hacer<sup>91</sup>.

Entonces la preclusión no consiste en el simple término de etapas o fases procesales, sino en la imposibilidad de realizar algo que con anterioridad si podía realizarse.

Entendido, el proceso como una serie o sucesión de actos<sup>92</sup>, la preclusión supone afectar a los actos procesales concretos.

#### **2.2.4.1. La preclusión frente a actos procesales**

La preclusión impide, en realidad la realización o eficacia de concretos actos procesales cuando ha transcurrido su momento procesal oportuno. La preclusión se dice, no impide la reapertura de una etapa, sino la ejecución válida de actos procesales<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup>COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. Buenos Aires, Depalma, 1973, pág. 194.

<sup>91</sup>VALLINES GARCIA, Enrique. *La Preclusión en el Proceso Civil*. Primera edición. Madrid, Civitas, 2004, pág. 35.

<sup>92</sup>DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (Con DIEZ PICAZO y VEGAS). *Derecho Procesal Introducción*. Segunda edición. Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 2001, pág. 38.

<sup>93</sup>VALLINES GARCIA, Enrique. *La Preclusión en el Proceso Civil*. Ob. Cit. pág. 36.

La preclusión entendida como la extinción de un poder jurídico en un concreto proceso, la extinción de posibilidades de actuación procesal de los sujetos que intervienen o pueden intervenir en un determinado proceso<sup>94</sup>.

En palabras de Michele Taruffo, éstas “sirven para establecer, en los tiempos lógicos del proceso, los momentos dentro de los cuales determinadas actividades de las partes deben ser cumplidas, y a sancionar a la parte que no respeta la secuencia predeterminada por la ley (...)”; ellas sirven simplemente para indicar a las partes cuándo ellas deban decir, bajo pena de no poder hacerlo ya más en momentos sucesivos, lo que pretenden decir en el proceso<sup>95</sup>.

La perspectiva introducida por Chiovenda, que en 1923 escribía dentro de sus principios del Derecho Procesal Civil. La preclusión consiste en que, después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos, queda precluso a la parte el derecho a realizar actos procesales determinados, o en general actos procesales<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup>DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (Con DIEZ PICAZO y VEGAS). *Derecho Procesal Introducción*. Segunda edición. Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 2001, pág. 38.

<sup>95</sup>Traducido de ACATINO SCAGLIOTI, Daniela a TARUFFO, Michele. *Le preclusioni nella riforma del processo civile*, en *Rivista di diritto processuale*, 1992, pág. 301.

<sup>96</sup>Traducido por Casais y Santalo a CHIOVENDA, Guiseppe. *Principios de Derecho Procesal*. Tomo II. Reus Madrid, 1925, pág. 358.

Chiovenda, más tarde se encarga de precisar que la preclusión consiste en la pérdida o extinción o consumación de una facultad procesal<sup>97</sup>.

En la concepción de Chiovenda, la extinción de un poder procesal tras su ejercicio y la extinción de una posibilidad de actuación procesal que no ha utilizado es una expresión del mismo fenómeno: la preclusión así lo expone: “Entiendo por preclusión la pérdida, o extinción, o consumación de una facultad procesal que se produce por el hecho: a) o de no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actuaciones o de las excepciones, b) o de haber realizado una actividad incompatible con el ejercicio de la facultad, como la proposición de una excepción incompatible con otra, o la realización de un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia<sup>98</sup>; c) o de haberse ejercitado ya una vez válidamente la facultad<sup>99</sup>, (consumación propiamente dicha)<sup>100</sup>”.

---

<sup>97</sup>Traducción de Obaneja, GÓMEZ a CHIOVENDA, Guiseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen III. Madrid Editorial Revista de Derecho Privado, 1994, pág. 278. En la edición en español, Gómez Orbaneja traduce la palabra “consumazione” por “caducidad”.

<sup>98</sup>Las premisas a) y b), parten de la base de que la facultad procesal que se extingue no se ha ejercitado: o bien no se utilizó en el momento legalmente procedente (no se observó el orden asignado por la ley, o bien de ejercitarse con carácter subsidiario al realizar una “actividad incompatible”).

<sup>99</sup>Se refiere al supuesto de que la facultad que se extingue fue, “ya válidamente ejercitada”.

<sup>100</sup>VALLINES GARCIA, Enrique. *La Preclusión en el Proceso Civil*. Primera edición. Madrid, Civitas, 2004, pág. 278.

El lector puede comprobar que la traducción del texto no coincide exactamente con la realizada por Gomez Orbaneja en la Edición española de la Instituciones. Por un lado, nos inclinamos por traducir “attivita”, por “actividad” en lugar de por “acto”. Por otro, como ya indicamos anteriormente, preferimos

El término de preclusión, es muy expresiva: cuando alguno de los sujetos intervinientes en el proceso “tiene abierta la puerta”, para la realización de un determinado acto procesal, dados unos determinados requisitos “esa puerta se cierra”, (claudit) delante (prae) de él. En cambio y siguiendo con el símil propuesto cuando un derecho se ejercita “puerta”, que lo representa se “cierra” detrás (no delante) del sujeto procesal<sup>101</sup>.

El objeto de la cosa juzgada comprende, no solo “lo juzgado”, (lo deducido), sino también determinadas cuestiones “no juzgadas” (cuestiones que pudieron haber sido juzgadas, esto es “deducibles”)<sup>102</sup>.

La nítida distinción que, en sentido estricto existe entre la cosa juzgada y la preclusión. Esta se refiera a lo no planteado (los poderes procesales no ejercidos), mientras que aquella, a lo efectivamente discutido, a lo juzgado (como consecuencia del efectivo ejercicio de poderes procesales ya “consumados”)<sup>103</sup>.

La cosa juzgada se circunscribe a “lo alegado, discutido y resuelto”. “Hay cosa juzgada allí donde hay

---

traducir “consumazione” por “consumación”. Cabe añadir que, con todo, quizá el vocablo más acertado no debería haber sido “consumación” (acción y efecto de consumir) sino “consumición” (en italiano, “consunzione”) que es “la acción y el efecto de consumir o consumirse”.

<sup>101</sup>VALLINES GARCIA, Enrique. *La Preclusión en el Proceso Civil*. Primera edición. Madrid, Civitas, 2004, pág. 43.

<sup>102</sup>Ibídem, pág. 44.

<sup>103</sup>Ibídem, pág. 45.

pronunciamiento; no hay cosa juzgada [sino, preclusión] allí donde no hubo alegación, juicio y pronunciamiento”.

[...], es del todo razonable, por el contrario, entender que si existe o debe existir una regulación sobre el ámbito de la cosa juzgada, uno de cuyos efectos sería hacer efectiva la preclusión<sup>104</sup>.

En cualquier caso, volviendo al punto de partida, si algo hay de común entre la preclusión por transcurso de plazos y términos y la preclusión que se relaciona con la cosa juzgada es, sobre todo, el no ejercicio de unos poderes procesales. Solo precluyen los poderes procesales.

#### **2.2.4.2. La preclusión en un concreto proceso**

La preclusión se produce siempre en un concreto proceso ya iniciado – concreto proceso da sentido a la existencia del poder que precluye y en el que hubiera repercutido jurídicamente el poder<sup>105</sup>, precluye el poder del actor de obtener el reconocimiento del derecho<sup>106</sup>.

Es un fenómeno que afecta a los sujetos que intervinieron (partes personales, tribunal), o pueden intervenir, (partes no personales, terceros) en el proceso.

---

<sup>104</sup>DE LA OLIVA SANTOS, Andres (Con DIEZ PICAZO y VEGAS). *Derecho Procesal Introducción*. Segunda edición. Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, pág. 85.

<sup>105</sup>VALLINES GARCIA, Enrique. *La Preclusión en el Proceso Civil*. Primera edición. Madrid, Civitas, 2004, pág. 52.

<sup>106</sup>Ibídem, pág. 52.



La naturaleza jurídica de la preclusión, es entendida como la extinción en un concreto proceso de los poderes jurídicos procesales, no ejercitados por los sujetos que intervienen o pueden intervenir en el proceso, se considera que la preclusión es una institución jurídica procesal autónoma, sujeta a un régimen jurídico propio<sup>107</sup>.

Poder es la potencia de obrar<sup>108</sup>, de que disfruta un sujeto. Cuando esa potencia viene concedida por las normas de Derecho objetivo estamos ante un poder jurídico<sup>109</sup>. La preclusión se encuentra sujeta a la perspectiva del transcurso del tiempo, entendida en un antes y un después.

#### **2.2.4.3. El objeto de la preclusión**

Los poderes procesales, que constituyen el objeto de la preclusión.

1. El objeto de la preclusión son los poderes jurídicos coprocesales de contenido concreto, en particular los concretos “derechos subjetivos”, (entre los que incluimos las acciones), y “facultades”, de la partes y terceros, así como las potestades del órgano jurisdiccional.

---

<sup>107</sup>VALLINES GARCIA, Enrique. *La Preclusión en el Proceso Civil*. Primera edición. Madrid, Civitas, 2004, pág. 65.

<sup>108</sup>Traducido de SENTIS MELENDO, Santiago a CARNELUTTI Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Traducción de la quinta edición italiana por volumen 1. Buenos Aires, ediciones jurídicas europa-america, pág. 57.

<sup>109</sup>VALLINES GARCIA, Enrique. *La Preclusión en el Proceso Civil*. Ob. Cit. Pág. 68.

2. No precluyen los deberes que pudieren recaer sobre el tribunal las partes o los terceros<sup>110</sup>.

Si podríamos considerar preclusión un deber del tribunal cuando ya no hay previsto un mecanismo legal para forzar su cumplimiento<sup>111</sup>, las potestades del tribunal si son objeto de preclusión cumpliendo el fin de la ley.

Las potestades se pueden clasificar en dos grupos.

a) En principio, las potestades para cuyo ejercicio la ley procesal prevé un momento determinado para su ejercicio, de forma tal que, si no se usan en dicho momento, precluyen en el curso de procedimiento y,

b) En segundo lugar, las potestades que el legislador decide mantener vivas durante todo el proceso, las cuales solo precluyen cuando este finaliza.

#### **2.2.4.4. La preclusión en los derechos subjetivos procesales**

En sentido estricto, el derecho subjetivo como el poder que es reconocido a la persona por el ordenamiento jurídico con significado unitario e independiente y

---

<sup>110</sup>VALLINES GARCIA, Enrique. *La Preclusión en el Proceso Civil*. Primera edición. Madrid, Civitas, 2004, pág. 68.

<sup>111</sup>Ibídem, pág. 73.

quedando al arbitrio de ella la posibilidad de su ejercicio y defensa<sup>112</sup>.

El efecto extintivo, solo puede tener lugar cuando, a) concurren *todos los presupuestos de la preclusión* y b) se de alguna de las causas de preclusión.

En primer lugar, para el nacimiento de un poder procesal ha de existir un sujeto que adquiere el poder y, así se convierta en su titular. Es decir, para que nazca una potestad judicial tiene que existir un tribunal, el que está conociendo del concreto proceso.

En segundo y principal requisito para que nazca un poder procesal que, con carácter general, debemos mencionar es la producción de determinados hechos con relevancia jurídica. Para tal nacimiento de un poder procesal (y, en general, de cualquier poder jurídico) es necesario que existan unos hechos y una norma que les otorgue relevancia jurídica<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup>VALLINES GARCIA, Enrique. *La Preclusión en el Proceso Civil*. Primera edición. Madrid, Civitas, 2004, pág. 86.

<sup>113</sup>Ibídem, pág. 126.

### **2.3. Definiciones de Términos:**

#### **a) Filiación**

La filiación es el estado de una persona considerada como hijo, en sus relaciones con su padre o con su madre. Por su parte Planíol y Ripert dicen que la filiación es la relación de dependencia que existe entre dos personas, en virtud de la cual, la una es la madre o el padre de la otra. Prayones condensa ambos conceptos diciendo que la filiación es “la relación natural de descendencia entre varias personas, de las cuales unas engendran y otras son engendradas, pero en el sentido más limitado se entiende por filiación la relación existente entre dos personas de las cuales una es madre o padre de la otra<sup>114</sup>”.

#### **b) Hijo Extramatrimonial**

La calidad de hijo extramatrimonial se establece cuando la concepción y su inmediata consecuencia biológica en nacimiento se producen fuera del matrimonio. La concepción y el nacimiento generados fuera del matrimonio van a determinar la naturaleza de la filiación; y si no existe un matrimonio que consolide los hechos jurídicos biológicos los hijos serán considerados extramatrimoniales<sup>115</sup>.

#### **c) Identidad**

Circunstancia de ser una persona o cosa en concreto y no otra, determinada por un conjunto de rasgos o características que la diferencian de otras. Hecho de ser una persona o cosa la misma que se supone o se busca<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup>Sala Civil Permanente de la Corte Suprema Cas. N° 4307-2007 Loreto.

<sup>115</sup>VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 23.

<sup>116</sup>Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria Cas. 2726-2012, del Santa.

#### **d) Tutela Jurisdiccional**

En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso. Esta tutela debe manifestarse antes del proceso como dentro del proceso y después del proceso. Es deber del Estado, facilitar el acceso a la administración de justicia, promoviendo y manteniendo condiciones de estructura y funcionamiento adecuados para tal propósito. Es decir, toda persona por el solo hecho de ser persona humana, sin ningún tipo de restricción puede acceder a los órganos judiciales a fin de exigir el amparo de la ley, con el propósito de proteger sus intereses con relevancia jurídica.

#### **e) Paternidad**

La relación natural establecida por la generación se denomina filiación con relación al hijo; paternidad con relación al padre, y maternidad con relación a la madre. Este vínculo puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial es la que deriva de padres que al tiempo de la concepción del hijo se encontraban unidos en matrimonio; la extramatrimonial, en cambio, es la que proviene de la unión libre de hombre y mujer<sup>117</sup>.

#### **f) Preclusión**

Principio procesal según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales supone la clausura de la anterior, sin posibilidad de renovarla<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 74.

<sup>118</sup>COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Ediciones Depalma 1981, pág. 91.

## CAPÍTULO III

### RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

#### 3.1. Resultado Doctrinario

##### 3.1.1. La Declaración de Paternidad Extramatrimonial

La Constitución Política del Estado, en su artículo 4°, *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente y 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.*

Así también, el artículo 66° de la Constitución Política del Estado de 1993, en lo que a filiación se refiere, reproduce literalmente el artículo 6° de la Constitución de 1979, enfatizando, *la igualdad de derechos y obligaciones de los hijos con independencia de si la concepción o el nacimiento del hijo se produjo o no durante la vigencia de un vínculo matrimonial.*

La determinación de la paternidad consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándose a su fundamento natural: la procreación.

*“Se presenta, entonces, como la constatación jurídica de la paternidad biológica lo que consagra su esencia basada en el interés social y el orden público”<sup>119</sup>.*

La doctrina y jurisprudencia comparada reconocen la legitimidad y constitucionalidad de las pruebas biológicas considerando que por sobre

---

<sup>119</sup>VERDERA SERVER, Rafael. *“Determinación y acreditación de la filiación”*. Barcelona, editorial Bosch, 1993, pág. 16.

encima de los derechos individuales del presunto progenitor está el derecho del menor a conocer su verdadera identidad, su derecho esencial a su ascendencia biológica completa, todo ello parte del denominado derecho de identidad del niño<sup>120</sup>.

En los últimos años la aspiración lógico natural de lograr la concordancia entre el emplazamiento familiar de la persona y su supuesto padre biológico ha sido puesta de relieve con especial énfasis en lo que se ha dado a llamar el derecho a la identidad personal<sup>121</sup>.

El derecho a la identidad implica un reconocimiento a la revelación del propio ser<sup>122</sup>, y es que el derecho a la identidad está comprometido, por lógica consecuencia, con la dignidad personal<sup>123</sup>.

La paz social, la integridad de la familia, el derecho a la identidad goza de una prevalencia sobre el derecho del supuesto padre a negar su paternidad<sup>124</sup>.

### **3.1.1.1. El Test de razonabilidad en la paternidad extramatrimonial**

Establecer la legitimidad del proceso de paternidad extramatrimonial nos lleva por el cauce de la afectación de los derechos de las partes. Del demandado, del demandante cada cual

---

<sup>120</sup>DUTTO, Ricardo. *El derecho identitario del niño*. Significación y valoración de las pruebas biológicas en Revista Derecho Procesal 2A02-2: Derecho procesal de familia 11, Santa Fe, 2002, págs. 154 – 155.

<sup>121</sup>ZAMBRISSE, Eduardo A. *La filiación en la procreación asistida*. Buenos Aires, UCA-EI Derecho, 2004, pág. 12.

<sup>122</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 147.

<sup>123</sup>RIVERA, Julio César. *Instituciones de derecho civil. Parte general, Abeledo-Perrot*. Tomo II. Buenos Aires, 1993, pág. 118.

<sup>124</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Ob. Cit. Pag. 145.

con “sus” pretensiones. En la lucha de intereses, uno debe ceder porque así lo exigen los principios jurídicos. Dos derechos no pueden preexistir frente a una misma situación. Uno debe dejar limpio el camino en pos de la justicia. Derechos individuales versus derechos de familia; derechos personales contra los sociales; unos de realización, otros de consagración. El mérito es encontrar su prevalencia. El demandado y sus derechos, no menores a los de “otro”, o preferir los del reclamante en paternidad<sup>125</sup>.

El test de razonabilidad viene siendo aplicado a través del “principio de armonización”, mediante el cual el juez puede preferir la aplicación preferente de uno de los derechos en convergencia, lo que podría originar es que el otro interés en conflicto merezca, en el caso concreto, el amparo que reclama el justiciable<sup>126</sup>.

En ciertos casos, y por razones especiales, pueden ser alterados legítimamente, lo que justifica la aplicación del denominado test de razonabilidad.

El Tribunal Constitucional considera que:

El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior de justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes

---

<sup>125</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 150.

<sup>126</sup>MIZRAHI. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, pág. 95.



públicos, sobre todo cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran<sup>127</sup>.

Detallamos el razonamiento del Tribunal:

- *El principio de idoneidad.* Toda injerencia en los derechos será idónea si se busca fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo suponiendo: la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida sub examine.

La ley de investigación de la paternidad extramatrimonial persigue un fin constitucionalmente legítimo. En efecto, el objetivo es idóneo teniéndose en cuenta que se busca la realización de valores superiores como la justicia, igualdad, dignidad y solidaridad anudados con el vínculo paterno-filial.

Estos son valores consustanciales del Estado social y democrático de Derecho, siendo el Estado el principal procurador de que todas las personas gocen de una identidad y filiación tendiendo a la protección de la familia en su dimensión institucional. Con esta ley de paternidad se busca que toda persona no solo goce, sino que tenga establecida una filiación. El fin es incuestionable y su constitucionalidad es plena. Su legitimidad se fundamenta en que es un imperativo del Estado democrático de Derecho proteger a la familia comenzando con la promoción de la investigación de la

---

<sup>127</sup>Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, 3 de junio de 2005. Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por los Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos C/. Congreso de la República. Síntesis: Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530. Vide Razonamiento 109.

paternidad, salvaguardar la niñez e incentivar la paternidad responsable<sup>128</sup>.

- *El principio de necesidad.* Para que una injerencia en los derechos sea necesaria no debe existir ningún otro medio alternativo que tenga la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Para ello, debe analizarse tanto la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y también, el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental.

La identidad como derecho fundamental debe ser gozada en condiciones de igualdad y de justicia. Nada en el mundo puede ameritar que a un sujeto se le restrinja su filiación y en similar medida, su derecho a conocer a sus padres. La alternativa más adecuada, y constitucionalmente legítima, para reducir y eliminar la paternidad irresponsable, niños sin padre, cumpliéndose con el principio de necesidad se realiza en el caso concreto con la ley dictada. Necesidad reflejada en la prioridad, en la primacía de la paternidad<sup>129</sup>.

- *El principio de proporcionalidad stricto sensu.* La injerencia en los derechos fundamentales es legítima si el grado de realización del objetivo es por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del

---

<sup>128</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 152.

<sup>129</sup>Ibídem, pág. 153.

derecho. Se comparan dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

La realización del fin perseguido es proporcional a la intervención del legislador en los derechos de las partes. Los derechos del accionante no pueden ser sobrepuestos, sobrevalorados frente a los derechos del demandado, siendo estos subvaluados; ni a la inversa, menos aún si se trata de un menor que se encuentra protegido - además de todo y por todos - por un interés superior. La ley de paternidad no afecta el contenido esencial de los derechos del demandado. Es legítima la aplicación de la ley en la medida que el grado de injerencia basada en la justicia, dignidad e igualdad, es proporcional al grado de afectación del derecho<sup>130</sup>.

### **3.1.2. Principio del interés superior del niño**

Es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño 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 y que representa una garantía para el niño de su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.

---

<sup>130</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 153.

Este principio fundamental se configura como un principio no determinado e indefinido. Debido a que, es necesaria su precisión al momento de su aplicación al caso concreto. Y porque, resulta imposible definir sus alcances, dada su complejidad e importancia.

Se sostiene que la decisión, es sobre lo que en cada caso se ajusta al interés del menor se dejando 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. Por lo tanto, el interés del menor actuará como criterio rector de la toma de decisiones cuando se suscite un conflicto con otros intereses legítimos.

Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño; permite resolver “conflictos de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto.

### **3.1.2.1. Los derechos del niño como derechos humanos**

Los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación. Los

derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad. Y, por otro lado, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social.

La convención representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño con el Estado y las políticas sociales. Y, además, un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños, y sus intereses. Pues bien, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos tienen estar presentes.

Los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revelan una característica uniforme. Ya que, el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Por ello, los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos.

Eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un

mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria<sup>131</sup>.

### **3.1.2.2. El interés superior desde un principio garantista**

Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos<sup>132</sup>. En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista o autoritaria del interés superior. Por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder.

El interés superior del niño, siempre se tiene que entender como aquella garantía que permite la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarles efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados en la convención.

El reconocimiento jurídico del “interés superior del niño”, tiene que actuar como “principio” que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños. En el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente

---

<sup>131</sup>La CDN y, específicamente, el principio del interés superior del niño, plasmado en ella, viene a señalar expresamente el reconocimiento y la obligación de los Estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de uno de los grupos más débiles o vulnerables de la sociedad, los niños.

<sup>132</sup>El “principios”, según la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente “inspirar” las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva, a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales<sup>133</sup>.

El derecho a conocer el propio origen biológico, es decir, el derecho a conocer la verdad biológica de cada uno se constituye como un derecho fundamental de la persona. Tiene fundamento constitucional expresamente reconocido, constituyéndose como un derecho fundamental. Es necesario tener presente que las normas reguladoras del derecho de familia deben interpretarse y aplicarse a la luz de una perspectiva constitucional y en respeto de los derechos humanos<sup>134</sup>.

### **3.1.2.3. La aplicación del principio del interés superior del niño**

La “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.*

---

<sup>133</sup>Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. Durante la infancia y adolescencia; la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención.

<sup>134</sup>MOSCOL BORRERO, Marco; Tesis elaborado denominado: “Derecho a la Identidad: ¿Una excepción al principio de la cosa juzgada?: consideraciones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. 00550-2008-PA/TC. Universidad de Piura, en el marzo de 2016, Facultad de Derecho, pág. 36.

Principio del Interés Superior del Niño<sup>135</sup>, 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<sup>136</sup>.

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<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup>El interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior”.

<sup>136</sup>SOKOLICH ALVA, María Isabel. *La Aplicación del Principio del Interés Superior del Niño por el Sistema Judicial Peruano*. Revista Vox Juris, pág. 4.

<sup>137</sup>Tercer Pleno Casatorio Civil. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se 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, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del



La Constitución Política en su artículo 4° precisa, 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 (...)<sup>138</sup>.

#### **3.1.2.4. Identidad entendida como dignidad humana**

Nuestro Tribunal Constitucional ha entendido por la Dignidad Humana como:

*“[...] la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dínamo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales.*

---

Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

<sup>138</sup>Sentencia N° 03744-2007-PHC/TC - La Libertad. Caso José Luis Ñiquin Huatay.

*De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos*<sup>139</sup>.

Eto Cruz, nos dice: Asumiendo el principio kantiano establecido en el artículo 1 de la Constitución. De que la persona es eje, centro y fin y desarrollando un concepto trascendental de la dignidad de la persona como guía para la realización de una interpretación adecuada de los derechos fundamentales. Entonces no sólo se tiene que entender por el legislador o el Tribunal Constitucional, sino por todos los agentes del ordenamiento<sup>140</sup>.

Además, agrega que: Los derechos fundamentales representan la concreción en el ámbito nacional de los derechos humanos. Como parte consubstancial del concepto actual de la Constitución que no sólo representa un límite formal a la actuación de los poderes públicos, sino principalmente un límite de carácter material a los mismos, los derechos fundamentales, según ha precisado el Tribunal Constitucional.

*“[...] los derechos fundamentales constituyen una manifestación de la dignidad de la persona humana, aquellos tienen una posición central en el ordenamiento jurídico. Esa centralidad implica, a su vez, la previsión de mecanismos jurídicos que garanticen su eficacia real, pues cuando se vulnera*

---

<sup>139</sup>STC N° 10087-2005-PA. Fojas 5.

<sup>140</sup>ETO CRUZ, Gerardo. *El Desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, CARVIL S.A.C, 2008, pág. 83.

*un derecho fundamental se afecta tanto el derecho subjetivo de las personas cuanto el conjunto de valores y bienes constitucionales que precisan ser igualmente protegidos. Ello justifica que nuestra Constitución (artículo 200º) haya previsto determinadas “garantías constitucionales” a fin de salvaguardar el principio de supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales<sup>141</sup>”.*

### **3.1.3. La sanción procesal**

El nacimiento del derecho procesal se origina cuando aparece la idea de que es ilícito hacerse justicia por propia mano. Así pues, noción que comienza a desarrollarse cuando se acepta que la autoridad debe someterse a normas previas para administrar justicia. La acción directa es la prescindencia de todo método razonable para solucionar un conflicto de intereses<sup>142</sup>. En estricto, todo lo logrado a la fecha en materia de desarrollo y progreso de la humanidad es consecuencia de la aplicación relativamente exitosa de una breve norma de conducta: la prohibición de la acción directa.

En un proceso judicial podemos encontrar, teóricamente por lo menos, cinco etapas. Una primera llamada *postulatoria*, que es aquella en donde las partes proponen su pretensión y su defensa, respectivamente. Una segunda, denominada *probatoria*, que es el momento o fase en la cual las partes intentan acreditar sus afirmaciones expresadas. Tercera, la llamada *decisoria*, a cargo del juez y consistente en la declaración del

---

<sup>141</sup>STC. N° 10087-2005-PA. Fojas 6.

<sup>142</sup>MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I. Lima. Temis, 1996, pág. 13.

derecho que corresponde a cada caso concreto. La cuarta llamada *impugnatoria*, dentro de la cual las partes pueden cuestionar y pedir un nuevo examen de la decisión judicial expedida. Y finalmente la etapa *ejecutoria*, que es aquella en donde se procede, voluntaria o coactivamente, a hacer cumplir la decisión judicial definitiva<sup>143</sup>.

La vigencia de la preclusión en un ordenamiento procesal está ligada al tratamiento normativo que se le dé al tiempo<sup>144</sup>. Este principio también está directamente ligado a la diferencia, a veces sutil, que existe entre una estrategia y una conducta procesal maliciosa. El proceso tradicional los plazos y términos para realizar actividad procesal están diseminados en el proceso sin una sanción específica y determinante, al extremo que no es posible para el juez hacer cumplir el tiempo concedido.

En los ordenamientos procesales bajo un sistema privatísticos, los plazos para la actuación de algunos actos procesales estos contenidos en la ley. Pero no le imponen el rigor que corresponde para su cumplimiento de dichos plazos. Ante tal situación, la actividad procesal se desplaza sin límites a lo largo del tiempo del proceso y provoca conductas abiertamente maliciosas. Es así, que “al no estar previstas como tales en la norma procesal”, la costumbre o práctica comúnmente generalizada las han revestido pomposamente de la calidad de “habilidades” o

---

<sup>143</sup>MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Lima. Tomo I. Temis, 1996, pág. 98.

<sup>144</sup>El Principio de preclusión, entonces, nos enseña que el acto, la facultad, no ejercida en el momento debido, caduca. Se pierde; y se pierde por su no ejercicio. O ejercido, no se puede practicar o mejorar. La preclusión es como una compuerta, una exclusiva. Los señores magistrados que me escuchan saben cómo se provee a los escritos presentados fuera de término: "no ha lugar". Y bien, la preclusión, como un cierre hermético, mantiene y respeta lo que ya está adentro pero no deja entrar fuera de tiempo lo que no pudo entrar; ni permite revisar, luego del momento debido, lo que ya está resuelto o lo que ya está cumplido. Es una compuerta que solo admite marchar hacia adelante pero no volver atrás, (ISIDORO EISNER, Ob. Cit., Pág. 57).

“estrategias”. Como consecuencia para evitar las conductas abiertamente maliciosas el Código Procesal Civil ha incorporado la preclusión<sup>145</sup>.

El principio de preclusión ha sido incorporado al Código Procesal Civil Peruano. Esto se manifiesta, por ejemplo, al haberse regulado la conducta procesal de las partes con su respectivo sistema de sanciones y, asimismo, al haberse asumido como requisito de admisibilidad que todos los argumentos y los medios probatorios se acompañen a las demandas, las defensas y a toda petición que exija prueba en el momento en que se postula<sup>146</sup>.

El principio de preclusión está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas. Así, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados<sup>147</sup>. Resulta, normalmente, de tres situaciones diferentes: a) por no haberse observado el orden u oportunidad dado por la ley para la realización de un acto; b) por haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse ejercido ya una vez, válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha).

---

<sup>145</sup>Es curioso que se diga que el año 1993 se ha “introducido” las preclusiones., cuando ellas eran inherentes al proceso del derecho común, como ya se ha dicho. Ciertamente que materia de pruebas el Código de 1912 era más elástico pues existían las denominadas “pruebas privilegiadas” (presentación de documentos y su exhibición, y la confesión) que podían ofrecerse y, de ser el caso actuarse, incluso fuera de la etapa probatoria (e incluso en segunda instancia), pero sin duda las preclusiones existían pues ellas, como ya lo hemos reiterado tanto, son la esencia del proceso común. Ahora, no podemos dejar de mencionar que el CPC de 1912 también era más elástico en materia de excepciones, pues era posible que las que no hubieran sido planteadas en primera instancia se plantearan en la segunda (art. 1103). Hoy, como sabemos, las excepciones se pueden plantear sólo en primera instancia. En suma, no se ha “introducido” preclusiones, sino que se han “endurecido”

<sup>146</sup>TOMÁS Jofre. Ob. Cit. Pág. 56. “Artículo 189. Oportunidad. Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código”.

<sup>147</sup>J. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Ediciones Depalma 1981, pág. 132.

El ejercicio de una facultad incompatible con otra lógicamente anterior, supone el no ejercicio de ésta, provocándose la preclusión a su respecto. Así, el contestar la demanda sobre el fondo, opera preclusión de la facultad de oponer excepciones dilatorias, aun cuando se hallará pendiente el tiempo de interponer éstas; el no deducir la nulidad cuando se deduce la apelación, significa prescindir de las alegaciones relativas a la forma.

## **3.2. Resultados Normativos**

### **3.2.1. Derecho Interno**

#### **3.2.1.1. Constitución Política del Perú**

Fue redactada a inicios del gobierno de Alberto Fujimori Fujimori. Por el Congreso Constituyente Democrático convocado por el mismo. Tras la disolución del Congreso en el autogolpe de 1992. No obstante, fue aprobada mediante el referéndum de 1993, se procedió a su promulgación el 29 de diciembre de 1993, entrando en vigencia el 1 de enero de 1994.

*Título I: De la persona y de la sociedad.*

*Capítulo I: Derechos fundamentales de la persona.*

*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

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

*Capítulo II: De los derechos sociales y económicos.*

*Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio 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. (...).*

### **3.2.1.2. La Ley Numero 27048**

El 31 de diciembre del año 1998, se promulga la Ley N° 27048. En el gobierno del presidente constitucional de la republica Alberto Fujimori Fujimori. Esta ley fue conocida como: “Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad”. Es así que, fue publicada en el diario el peruano 21 de enero del 1999 y entro en vigencia el 07 de enero del 1999. Asimismo, marcó la pauta del inicio para actuar la prueba del ADN para demostrar el vínculo del presunto padre y el hijo comprobado a través de la prueba del ADN. Y, además otorgaba la posibilidad de actuar otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, si fuera el caso.

### **3.2.1.3. La Ley Numero 28083**

El congreso de la república mediante Ley N° 28083 el 4 de octubre de 2003 creó la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia, (**CERIAJUS**). Y con fecha 24 de abril del 2004; CERIAJUS, cumpliendo el encargo encomendado por su ley de creación, concluyó con el mandato conferido e hizo entrega al presidente de la república el Plan

Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. Debido a que era, una propuesta integral y concertada de un acuerdo político institucional. Esta propuesta normativa es asumida luego como proyectos legislativos por varios congresistas, plasmada recién el 8 de enero de 2005, en la Ley N° 28457.

EL PROCESO ESPECIAL DE FILIACION	
Breve descripción del problema a ser afrontado	Las acciones de filiación se tramitan vía proceso de conocimiento, lo que implica que sea un proceso demasiado largo y engorroso para garantizar las pretensiones alegadas. Las partes pueden valerse de un sin número de recursos para dilatar el proceso, sumando el hecho de que los plazos establecidos por el Código son los más amplios que se prevén. No se ha considerado legalmente la validez de la prueba de ADN, la que debe ser actuada necesariamente en este tipo de procesos.
Propuestas y objetivos	Hacer más expeditivo y aligerar la duración en el trámite de los procesos de filiación proponiendo su tramitación vía proceso especial. Este proceso se caracteriza por tener un rápido resultado. Sus actos procesales son: demanda, oposición (fundada, infundada), sentencia, Apelación.
Resultados esperados	- Defensa del derecho a la identidad. - Efectividad y resultados. - Descarga en los procesos de conocimiento.
Instituciones involucradas	Congreso de la Republica Poder Judicial.
Actividades / Plazo de acción	Reforma del Código Procesal Civil Reforma del Código Civil



#### **3.2.1.4. La Ley Numero 28439**

El 28 de diciembre de año 2004, cuando era presidente de la república Alejandro Toledo Manrique. Es publicada en el diario el peruano, la Ley N° 28439, “Ley que simplifica las reglas del proceso de alimentos” y modificaba el artículo 171° del código de los niños y adolescentes. Esta modificación estaba referido al proceso único en el sentido que, “si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el juez tendrá por reconocido al hijo. Por lo que, a la municipalidad que corresponda, copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso”.

#### **3.2.1.5. La Ley Numero 28457**

El día 8 de enero de 2005, el presidente del congreso de la república Antero Flores Araoz, promulgo la ley N° 28457 “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”. Por consiguiente, la sociedad peruana especialmente en el ámbito familiar con muchos esfuerzos se pudo dar un paso firme.

Esta ley fue el paso decisivo debido a diversos factores (procesos lentos, normas obsoletas, falta de tutela efectiva, y poca efectividad). Esta ley constituye una novedad, tan real como la misma necesidad, apoyándose de una sólida herramienta que permite dilucidar los conflictos con ayuda clara de la ciencia. Ya

que, facilitan soluciones reales a los problemas de orden filial, imperando hoy en día la pericia para emitir sentencia.

### **3.2.1.6. La Ley Numero 28720**

El 25 de abril del año 2006, se publica en el diario el peruano La Ley N° 28720, “Ley que Modifica los Artículos 20 y 21 del Código Civil”, dispone la inscripción de los niños y niñas nacidos de una relación sin vínculo matrimonial, con el apellido del padre aun cuando se encuentre ausente, sin que esto genere filiación.

Esta Ley es el resultado del trabajo coordinado con la Alianza por el Derecho Ciudadano, (ADC). Fue posible gracias a que se propuso la presentación de una iniciativa legislativa elaborada con participación de los integrantes de la ADC, a partir de una primera propuesta que el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), puso a disposición de la Alianza; dicha propuesta fue presentada como texto sustitutorio al dictamen de la comisión de la Mujer y Desarrollo Social del Congreso, respecto a los proyectos de Ley números, 2412/2001-CR, 3471/2002-CR, lo cual permitió que el 30 de marzo del 2006 el congreso de la república apruebe la Ley N° 28720, la misma que fue promulgada el 24 de abril del mismo año.

Antes de la reforma, la madre estaba amordazada por la ley limitada no solo su voluntad, sino su compromiso natural con la descendencia. No podía, sabiendo y conociendo revelar el nombre

de la persona que, conjuntamente con ella, había permitido tener la descendencia.

### **3.2.1.7. La Ley Número 27337**

El 21 de julio del 2007, fue promulgada la Ley N° 27337 y finalmente publicada el 07 de agosto del 2007. Por este medio se aprobaba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes. En donde se encuentra garantizado el principio del interés superior del niño y el derecho de la identidad.

*Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.*

*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.*

*Artículo 6°.- A la identidad. - El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. (...).*

### **3.2.1.8. La Ley Numero 30628**

El jueves 3 de agosto de 2017, el Presidente de la República Pedro Pablo Kuczynski Godard, promulga en el diario el peruano la publicación de la Ley N° 30628 “Ley que modifica el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”. El cual modifico algunos dispositivos normativos referentes a la paternidad extramatrimonial.

En principio en la ley se presta a muchas interpretaciones. Respecto a la notificación al demandado pueden existir complicaciones. Es preciso tener en cuenta respecto a la ubicación del presunto padre, puede ser que no se le ubique o este fallecido. Por un lado, la ley dispone que se podrá realizar la prueba de ADN a sus padres (los abuelos) u otros hijos del demandado. Pero, ello nos pueda generar muchos problemas debido se puede vulnerar la personalidad o se nieguen a practicarse la prueba de ADN. Por otro lado, no todo es malo en casos de filiación y alimentos estará exonerada del pago de tasas judiciales (pero no de cedulas de notificación). Tampoco, será necesaria la asesoría de un abogado en ambos temas. Así también, no será necesaria la firma del demandante, de su representante o del abogado solo será necesaria la huella digital de la solicitante, en caso se trate de una persona analfabeta. Ley que es materia de comentario y estudio, que nos presenta nuevos lineamientos, innovaciones y algunos cambios en el mismo desarrollo del proceso.

### **3.2.2. Derecho Internacional**

#### **3.2.2.1. La Declaración de Ginebra**

El 26 de diciembre en 1924, fue aprobada la Declaración de Ginebra por la Sociedad de Naciones (SDN), quien adoptó un texto histórico que reconoce y afirma, por primera vez, la existencia de derechos específicos para los niños y las niñas.

La declaración consta de cinco artículos, donde son reconocidas las necesidades fundamentales de los niños y las niñas. El texto se centra en el bienestar del niño y reconoce su derecho al desarrollo, asistencia, socorro y a la protección.

Se sustenta en la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos.

*1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente.*

#### **3.2.2.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos**

El 10 de diciembre de 1948 en París, el 10 de diciembre de 1948, en la Asamblea General, (AG), de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), aprobó La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), que implícitamente incluía los derechos del niño. En esta se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos.

*Artículo 25*

*1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*

*2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.*

### **3.2.2.3. La Declaración de los Derechos del Niño**

El 20 de noviembre de 1959, de manera unánime por todos los 78 Estados miembros que componían entonces la Organización de Naciones Unidas, se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño.

En sus 10 artículos, mantiene como objetivos orientar a los países en que se cumplan sus derechos. La Convención funciona como una guía para los Estados, las familias y todos poniendo una especial atención.

*Segundo artículo.*

*Principio 2*

*El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral,*

*espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.*

#### **3.2.2.4. La Convención sobre los Derechos del Niño**

El 20 de noviembre de 1989, se produjo un acuerdo entendida como un Tratado Internacional de las Naciones Unidas, fruto de ello se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, cuya entrada en vigor se produjo tan sólo 9 meses después a su adopción, el 2 de septiembre de 1990.

La convención está compuesta por 54 artículos que consagran el derecho a la protección de la sociedad y el gobierno. A través de la convención, se buscó enfatizar que los niños tienen los mismos derechos que los adultos, y se subrayan aquellos derechos que se desprenden de su especial condición de seres humanos que, por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de protección especial.

Es el primer tratado vinculante a nivel nacional e internacional que reúne en un único texto sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. Esto significaba que los Estados que se adhieren a la convención se comprometen a cumplirla.

*Artículo 3*

*1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*

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

#### *Artículo 8*

*1. 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.*

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

### **3.2.3. Derecho Comparado**

#### **3.2.3.1. Legislación de Brasil**

En esta legislación con la Ley N° 8560, del 29 de diciembre de 1992, se introduce aquella investigación de oficio de la paternidad



extramatrimonial de los hijos mantenidos. Por ello, es que se dispuso todas las instituciones que participen del registro nacimiento debe indicar el nombre del padre, para poder facilitar su indagación. Por lo tanto, en Brasil existen tres tipos de reconocimiento: el voluntario, el administrativo y el judicial. Es así que, en esta ley se encuentra el segundo.

Tipos de reconocimiento

- a) voluntaria
- b) administrativo,
- c) judicial

Parte del texto que interesa para fines del presente tema nos dice:

*El aporte de este trámite es:*

- a. En casos de nacimiento con maternidad establecida, se remitirá al juez los datos del supuesto padre para que inicie la investigación.*
- b. Intervención de la madre y notificación al supuesto padre.*
- c. Respeto a la intimidad y cautela de los intereses personales con la reserva del proceso.*
- d. Fomento de la conciliación para el reconocimiento de la paternidad y abreviación del proceso.*
- e. Si el supuesto padre no contesta en 30 días, el juez requerirá al fiscal para que inicie investigación del nexo filial.*

*Esta ley ha permitido que en Brasil se tienda a una reducción de los hijos sin padre, carentes de reconocimientos, que en cifras.*

Esta ley tiene como objetivo facilitar el reconocimiento de los hijos imponiendo en su oportunidad las responsabilidades debidas a los padres biológico<sup>148</sup>. Representa un avance singular en el tema de paternidad.

### **3.2.3.2. Legislación de Costa Rica**

Ley de Paternidad Responsable de Costa Rica. Se encuentra regulada por la Ley N° 8101, del 27 de abril de 2001. Y su fundamento primordial es que buscaba brindar un proceso mucho más rápido y menos costoso. Así tratar, de descongestionar un sistema judicial que se encuentra colapsado. Mediante un procedimiento administrativo más eficiente y de cortos plazos. Con todo ello, se estaría buscando cumplir con el mandato constitucional de una justicia pronta.

*Artículo 1° Refórmense los artículos 54 y 112 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, N° 3504, del 10 de mayo de 1965, cuyos textos dirán:*

*Artículo 54. Inscripción de hijas e hijos habidos fuera del matrimonio. En la inscripción de nacimiento de hijos e hijas habidos fuera del matrimonio, se consignarán la paternidad y la*

---

<sup>148</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 169.

*maternidad, si la declaración es hecha por las dos personas que se atribuyen la calidad de progenitores y ambos la firman.*

*El Registrador deberá hacer el apercibimiento a la madre de las disposiciones legales y administrativas establecidas respecto de la declaración e inscripción de la paternidad; asimismo, de las responsabilidades civiles en que pueda incurrir por señalar como tal a quien, después de haberse sometido a las pruebas técnicas respectivas, no resulte ser el padre biológico; además, de las características de la certeza de la prueba de ADN y de la obligatoriedad de practicarse la prueba. Informada la madre y en ausencia de declaración del padre, ella podrá firmar el acta e indicar el nombre del presunto padre (...).*

Esta ley costarricense tiene como Ley N° 14064, denominado proyecto de precedente el Proyecto de ley de paternidad responsable (8 de agosto de 2000). La ley de paternidad responsable de Costa Rica dispone un proceso administrativo a través del cual se busca dar solución a un problema tan real y humano como es la filiación, incorporándose mediante el artículo 10 una modificación a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil.

*Artículo 1.- Objeto de la Ley. Esta ley tiene por objeto establecer el procedimiento judicial a seguir para lograr que los Oficiales del Estado Civil registren en las actas de nacimiento de las y los*

*dominicanos, nacidos en territorio dominicano y de madres solteras, el nombre, apellidos y demás datos generales del padre, cuando este no se presente voluntariamente.*

### **3.2.3.3. Legislación de Ecuador**

En el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador. Se pretendió regular una forma particular de declarar la paternidad. Por ello, en su Codificación N° 2002-100, R.O. 737, del 3 de enero de 2003. Ante la falta, de práctica del ADN por temas de recursos económicos se cubrir dichos gastos.

*Título V: Del derecho a alimentos*

*Art. 131.- Situación de los presuntos progenitores. - El Juez podrá obligar al pago de prestación de alimentos en favor de un niño, niña o adolescente, a una persona cuya paternidad o maternidad no han sido legalmente establecidas, de acuerdo con las siguientes reglas:*

*1. La prestación provisional de alimentos, podrá ordenarse desde que en el proceso obren indicios suficientes, precisos y concordantes que permitan al Juez fundamentar una convicción sobre la paternidad o maternidad del demandado o demandada;*

*2. Sin perjuicio de la utilización de otros medios de prueba que científicamente sean idóneos para demostrar la paternidad y en tanto ellos no sean utilizados, para la fijación de la prestación definitiva, el Juez dispondrá, a petición de parte, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) del derecho habiente y del o la*

*demandada. Si el resultado es positivo, en la misma resolución que fije la prestación de alimentos definitiva, el Juez declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil;*

*3. Cuando el demandado se niega injustificadamente a someterse al examen señalado en este artículo, el Juez le hará un requerimiento para que lo practique en el plazo máximo de diez días, vencido el cual, si persiste la negativa, se presumirá la paternidad o maternidad y el Juez procederá como en el caso de resultado positivo del examen;*

*4. Si el demandado, antes del requerimiento indicado en la regla anterior, funda su negativa para la práctica del examen en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlos, el Juez ordenará que la Oficina Técnica practique un estudio social y emita el informe correspondiente en el plazo máximo de quince días. En el caso de que el informe confirme la alegación del demandado, el Juez dispondrá que la Junta Cantonal de Protección de su jurisdicción lo incluya de inmediato en un programa del Sistema que cubra el costo del examen. Si el informe social es negativo para la pretensión del demandado, se procederá en la forma dispuesta en la regla anterior; (...).*

*Art. 132.- Condiciones para la práctica de las pruebas biológicas. - El reglamento contemplará las medidas necesarias para asegurar una adecuada cadena de custodia de las muestras a utilizar en las pruebas de que trata el artículo anterior, para garantizar la*

*identidad personal de los sometidos al examen y las demás condiciones técnicas en que deberán practicarse estas pruebas biológicas.*

El proceso no es similar al aprobado en nuestro medio. Si bien debe rescatarse la importancia conferida a la prueba genética. En efecto, si se toma en cuenta que la naturaleza de este proceso corresponde a uno de manutención, lograr la subsistencia de una persona, siguiendo una orientación finalista y de interés social se faculta al magistrado a viabilizar en un proceso una pretensión no alegada, que resulta de mayor trascendencia que la demanda: se demanda alimentos y puede ser sentenciada, además, la declaración del nexo filial. No se aplica el criterio ultra-petita, se deja lado el principio de congruencia por el cual los fallos deben estar arreglados a lo pedido y de acuerdo con lo probado.

#### **3.2.3.4. Legislación de Chile**

La Ley N° 20030 de fecha 5 de julio de 2005. Es un claro antecedente para dar inicio a la demanda de reconociendo de maternidad o paternidad. Es así, lo que sustento como medio de prueba es la práctica de ADN. Por lo que, la ley elimina el reconocimiento judicial mediante la simple confesión realizada bajo juramento. Aquel, trámite que tenía una aplicación excepcional. Ahora se unifican las vías voluntarias y contenciosas. Por lo que, solo existe un procedimiento ordinario y general.

*Proyecto de ley: Agrégase*

*Artículo 199 bis. - En tablada la acción de reclamación de filiación, si la persona demandada no comparece a la audiencia preparatoria o si negare o manifestare dudas sobre su paternidad o maternidad, el juez ordenará, de inmediato, la práctica de la prueba pericial biológica, lo que se notificará personalmente o por cualquier medio que garantice la debida información del demandado; (...).*

Un proceso único de reconocimiento de filiación que debe adecuarse a las normas procesales dispuestas en la Ley N° 19968, que crea los Tribunales de Familia. Se mantiene el inciso 1 del artículo 188° del Código Civil, que contempla el reconocimiento sin la intervención del progenitor. Bastando solo la consignación del nombre del obligado al momento de la inscripción del nacimiento.

El artículo 199° del Código Civil Chileno queda modificado, manteniéndose el inciso referido a que las biopruebas serán practicadas por el servicio médico legal, o por laboratorios idóneos designados por el juez. El costo es asumido por el Estado si son ordenadas judicialmente. Las partes tendrán derecho, por una sola vez, a solicitar un informe pericial biológico.

Lo novedoso de esta ley radica en la incorporación de los incisos 2, 3, 4, y 5 en el artículo 199° del Código Civil. Por vez primera en Chile, se otorga a las biopruebas valor suficiente para establecer la filiación extramatrimonial o excluirla. Antes de su vigencia no se les otorgaba tal carácter, solo se permitía la presentación de toda clase de pruebas para el esclarecimiento de la filiación.

### **3.3. Resultados Jurisprudenciales**

#### **3.3.1. Tribunal Constitucional**

##### **3.3.1.1. TC EXP. N° 04509-2011-PA/TC-San Martín**

###### **ANTECEDENTES**

El 13 de enero de 2010, Mello Pinedo Estalin, (en adelante el señor Mello), interpone acción de amparo contra el Primer Juzgado de Paz Letrado del Distrito de Tarapoto, a fin de que se declare nulo todo lo actuado hasta la notificación del mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial en el proceso sobre filiación extramatrimonial iniciado en su contra por doña Gianinna Lozano Pérez (en adelante la señora Lozano), en representación de la menor P.N.M.L. (Exp. N° 524-2008).

Sostiene que ha sido declarado padre biológico de la antes citada menor en mérito a la Resolución N° 2, de fecha 3 de octubre de 2008, que contiene el mandato de declaración judicial de paternidad, y se ordenaba su inscripción como su hija y todo ello por no haber formulado oposición alguna. Sí, no se opuso en su momento a la citada declaración no fue por dejadez alguna de su parte, sino porque nunca tuvo conocimiento del proceso de filiación iniciado en su contra, ya que nunca tuvo conocimiento de dicho proceso, recién a su retorno al país por intermedio de sus padres, (ya que desde el año 1999 hasta el año 2009, se encontraba ausente del país).

La primera sala del Tribunal Constitucional, sentencia a los 11 días del mes de julio de 2012, en Lima.



## FUNDAMENTOS

### Análisis de las afectaciones al debido proceso

5. (...). Este colegiado, observa que en efecto no se cumplió en momento alguno con notificarle válidamente el mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, pues como ha quedado demostrado con la hoja de movimiento migratorio, el recurrente estuvo ausente del país durante el período comprendido entre el 24 de junio de 1999 y el 18 de diciembre del 2009, en que retornó al suelo patrio.

6. Aunque de los actuados del proceso sobre filiación extramatrimonial, se aprecia que el entonces demandado fue notificado por debajo de la puerta en el domicilio que al efecto señaló la demandante del citado proceso, dicho acto procesal carece de toda validez, pues no encontrándose el actual recurrente en el territorio del Estado, no se pudo garantizar su derecho de defensa en la forma prevista por la Ley N° 28457, (...).

### Los eventuales perjuicios sobre una menor a consecuencia de un proceso irregular

8. (...), el presente caso, sin embargo, presenta un ingrediente especial que tampoco puede pasar inadvertido y que se refiere al estatus especial en el que pueda encontrarse aquella menor reconocida judicialmente con una determinada identidad a título de un proceso que según se ha dicho, es irregular y cuyas consecuencias puedan acarrearle un evidente perjuicio. Ello, a juicio de este Tribunal, obliga a que la presente causa, con

independencia de su resultado favorable, tenga que ser vista de una manera muy particular.

#### El derecho a la identidad y la protección del menor

10. Particularmente especial, por lo que respecta a los casos en que se efectúa un reconocimiento judicial de paternidad es el nombre, pues es en función del mismo que la persona no solo puede conocer su origen, sino saber quién o quiénes son sus progenitores, así como conservar sus apellidos. El nombre adquiere así una trascendencia vital en tanto, una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas y, desde luego, tener los derechos y las obligaciones que de acuerdo a su edad o condición le va señalando el ordenamiento jurídico.

#### Decisión adoptada para evitar un perjuicio

22. (...), ha quedado plenamente acreditado el agravio de los derechos de la parte recurrente, no se puede tampoco y sin más desproteger los derechos constitucionales de la menor P.N.M.L; en cuanto beneficiaria de la declaración judicial de paternidad ya que ello podría resultar particularmente pernicioso en relación con su derecho a la identidad. En tales circunstancias y a efectos de obrar en forma adecuadamente previsoramente, esto es, compatible con el control de intensidad, deberá suspenderse los efectos nulificantes que pudieran recaer específicamente sobre el reconocimiento de paternidad (...). Mientras ello se dilucide, la

menor favorecida con la declaración del citado proceso tendrá plenamente garantizado su derecho a la identidad.

Declarar FUNDADA la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho al debido proceso.

### **3.3.1.2. TC Exp. N° 004305-2012-PA/TC-Apurímac**

**Exp. N° 004305-2012-PA/TC-Apurímac**; en Lima, el 1 de setiembre de 2014, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, declararon improcedente la demanda de amparo de autos.

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Melina Arabela Lantarón Buhadba contra la resolución 129, expedida por la Sala Mixta de Abancay de la Corte Superior de Justicia de Apurímac que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

#### **ANTECEDENTES**

Con fecha 21 de febrero de 2012, la recurrente interpuso demanda de amparo contra el juez del Juzgado de Familia Transitorio de Abancay, señor César Almanza Barazorda, y el señor Manfred Hemández Sotelo. Solicita que se declare inaplicable la resolución de fecha 5 de enero de 2012, la cual declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar activa y nulo todo lo actuado, disponiendo la conclusión del proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial seguido en contra de Manfred Hemández Sotelo.

## PETITORIO

De autos se aprecia que lo que pretende la demandante es dejar sin efecto la resolución de fecha 5 de enero de 2012, la cual declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar activa, nulo todo lo actuado y por concluido el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial seguido en contra de Manfred Hernández Sotelo. Invoca la vulneración de los derechos al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y a la identidad de su fallecida hija de iniciales M.L.A.

## FUNDAMENTOS

Al respecto, se observa que la resolución cuestionada se encuentra razonablemente sustentada al señalar que el artículo 1° de la Ley N° 28457, al referirse a "*quien tenga legítimo interés*", debe ser interpretado y concordado con el artículo 407° del Código Civil, que dispone sobre quiénes recae la titularidad de la acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, indicando que por regla general la acción no pasa a los herederos, es decir, no es transmisible mortis causa. Dejó de ser sujeto de Derecho al haber fallecido.

### **3.3.2. Poder Judicial**

#### **3.3.2.1. Sentencia consulta N° 2047-2011-Lima**

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República, Lima, veintitrés de agosto de dos mil once.

## MATERIA DE CONSULTA

Viene en consulta la sentencia, por la cual el cuarto Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, declara inaplicable al presente caso el artículo 400 del Código Civil, y en consecuencia declara fundada la demanda de impugnación del reconocimiento de paternidad y declaración extrajudicial de filiación extramatrimonial promovida por don Robert Antonio Palomino De la Gala Núñez (en adelante el señor Palomino) en contra de Juan Enrique Zegarra Serpa (en adelante en señor Zegarra) y Luisa Jovana Huerta Romero (en adelante la señora Huerta); en consecuencia declara Nulo el reconocimiento de paternidad efectuado por Zegarra respecto de la menor L.F.Z.H.

## FUNDAMENTOS

NOVENO: Que, en el presente proceso el actor impugna el reconocimiento de la paternidad efectuado por el señor Zegarra, respecto de la menor L.F.Z.H.; asimismo, teniendo en cuenta que el actor viene atribuyendo la paternidad de la referida menor, solicita se declare la filiación de su paternidad extramatrimonial, anulándose de esta manera la partida de nacimiento de la referida menor y expidiéndose una nueva; señala que la menor es su hija, solicitando se suprima el nombre y apellidos de Zegarra Zerpa, de la partida de nacimiento inscrita en la Oficina Registral del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de la Municipalidad Distrital de Jesús María.

DECIMO: (...), al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal (que establece en noventa días, el plazo para negar el reconocimiento por el padre o la madre que no haya intervenido en el reconocimiento) y otra de carácter constitucional (el derecho a la identidad), debe inaplicarse la primera y aplicarse preferentemente la segunda; pues no existe razón objetiva y razonable que justifique la necesidad de fijar en noventa días el plazo para negar el ilegal reconocimiento, al padre o la madre que no intervino en él; razón por la cual corresponde aprobar la sentencia consultada de fecha dieciséis de noviembre del dos mil diez, en el extremo que es materia de consulta.

Por tales fundamentos: APROBARON la sentencia consultada, de dieciséis de noviembre del dos mil diez, que declara INAPLICABLE el artículo 400 del Código Civil, y por ende Fundada la demanda interpuesta por don Palomino contra don Zegarra y la señora Huerta, sobre impugnación del reconocimiento de paternidad y declaración extrajudicial de filiación extramatrimonial.

### **3.3.2.2. Casación N° 2726-2012- del Santa**

Sobre impugnación de reconocimiento de paternidad, en lima, diecisiete de julio de dos mil trece la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de justicia de la república, emite el siguiente fundamento.

## MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza (en adelante Roca), contra la sentencia de vista, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, que revoca la sentencia de primera instancia, que declaró fundada la demanda, y reformándola la declararon improcedente.

## FUNDAMENTOS

CUARTO. - (...). Que, la presunción de paternidad para los hijos nacidos dentro del matrimonio es una regla de carácter imperativo. Señala que el presupuesto de la previa negación de paternidad para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en el caso de hijos nacidos dentro del matrimonio, limita el derecho no solo del padre biológico sino contraviene el derecho fundamental a la identidad del menor a quien por ley y mandato constitucional el Estado está en la obligación de proteger. En base al principio de la jerarquía normativa resulta inaplicable al caso de autos, sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 369 y 404 del Código Civil, prevaleciendo el derecho a la investigación de la paternidad de la menor.

OCTAVO. - Que, entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, el cual comprende el derecho a un nombre, a conocer a sus padres y

conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 02273-2005-PH/TC, precisa que el derecho a la identidad es entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. (...).

DÉCIMO PRIMERO. - Que, el concepto de identidad personal, presupone dos supuestos fundamentales: la identidad genética de una persona y su identidad filiatoria. La primera, se conforma con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos; y la identidad filiatoria, es en cambio, un concepto jurídico, que resulta del emplazamiento de una persona de un determinado estado de familia, en relación a quiénes aparecen jurídicamente como sus padres, está habitualmente en concordancia con la identidad genética, pero puede no estarlo, (...).

Por los fundamentos expuestos, declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Roca; CASARON la resolución impugnada; en consecuencia, NULA la resolución de vista, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa; y actuando en sede de instancia: CONFIRMARON la resolución apelada, que declara fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad interpuesta por Roca contra Eva Elvira Cárdenas Rosales y Teodoro Arturo Guerrero Alvarado.



### 3.3.2.3. Casación N° 864-2014-Ica

Impugnación de Reconocimiento de Paternidad Extramatrimonial, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de República, con fecha uno de septiembre de dos mil catorce, emite la presente sentencia.

#### FUNDAMENTOS DE LA SALA

TERCERO. - (...), que, si bien la prueba del ADN (ácido desoxirribonucleico) ha concluido que el demandante no es el padre biológico del menor, debe tenerse en cuenta que este hecho no es suficiente para solicitar la anulación del acto de reconocimiento, por no existir vínculo consanguíneo, debiendo además concurrir el supuesto de una voluntad viciada, hecho que no se prueba en el presente caso, pues la voluntad del sujeto constituye la esencia misma del acto jurídico, pues la falta de ella hace que el acto no llegue a ser tal; la voluntad sola no es suficiente, pues su manifestación necesita que entre ambas exista una imprescindible correlación, toda vez que manifestación debe dar contenido a la verdadera y real voluntad interna del sujeto; y, que entre lo que el sujeto manifiesta y lo que quiere exista también una necesaria e imprescindible correlación.

CUARTO. - Que, en atención a lo alegado en el recurso de casación sub examine cabe manifestar lo siguiente: El artículo 395 del Código Civil, que califica el reconocimiento de paternidad (o maternidad) como un acto irrevocable, así como

exento de modalidades, debe interpretarse de manera sistemática con la integridad de nuestro ordenamiento normativo jurídico. En tal sentido, es particularmente destacable el contenido del derecho a la identidad, consagrado en la norma del artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, así como en la del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, (...).

Por las consideraciones expuestas y en aplicación de lo establecido por el artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Verástegui, CASARON la sentencia de vista, de fecha veinte de diciembre de dos mil trece, expedida por la Sala Superior Mixta Descentralizada de Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica, que revoca la sentencia apelada, de fecha once de octubre de dos mil trece, que declara fundada la demanda; y reformándola, la declara infundada; ORDENARON a la Sala de su procedencia que emita nueva resolución con arreglo a ley y a las consideraciones precedentes.

#### **3.3.2.4. Casación N° 950-2016-Arequipa**

Impugnación de Paternidad, Lima veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis; la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica en la ciudad de Lima, emite la siguiente sentencia:

#### MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado Luis Alberto Medina Vega (en adelante Medina), contra la sentencia de segunda instancia, que confirma la sentencia apelada, que declara fundada la demandada; en consecuencia, declara judicialmente que don Joel Eduardo Vilca Flores (en adelante Vilca) es padre de la menor F.K.M.S; hija concebida con Olivia Olinda Sánchez Medina de Medina (en adelante Sanchez), debiendo quedar el nombre de la menor, como Fiorella Kathy Vilca Sánchez.

#### RECURSO DE CASACIÓN

Sala Suprema, declaro procedente el recurso de casación interpuesto por el demandado Medina, por las siguientes causales: Infracción normativa por interpretación errónea de los artículos 20 del Código Civil, IX del Título Preliminar, 6 y 9 del Código de los Niños y Adolescentes.

#### MATERIA JURIDICA EN DEBATE

Que, la materia jurídica en debate en el presente proceso, se centra en determinar si la sentencia de segunda instancia incurre en infracción normativa de las normas denunciadas, esto es, si se ha vulnerado el interés superior del niño y el derecho a la identidad de la menor.

## FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA

QUINTO.- Bajo este contexto normativo nacional, supranacional, doctrinario y jurisprudencial, se advierte que en el presente caso, no se ha tomado en cuenta la identidad dinámica que se ha configurado en la menor, como se desprende del informe social de fojas trescientos noventa y uno en cuyas apreciaciones se señala “La menor se encuentra en aparente buen estado de salud, refiere sentirse bien con su papá Luis y sus hermanos, con quienes mantiene una buena relación, manifiesta su deseo de permanecer junto a su familia con la cual está viviendo actualmente” así como del el examen psicológico de fojas quinientos diez, en cuyas conclusiones se indica: “A nivel emocional se observa que muestra afecto e identificación a padre y hermanos, con una dinámica familiar adecuada”, a lo que se aúna que don Medina al absolver la demanda en todo momento ha expresado afecto y vínculo paterno filial con quien siempre ha considerado y criado como una hija.

OCTAVO. - Así, las cosas, se ha demostrado la identidad filiatoria de la niña, en su faceta dinámica, vale decir en la posesión del estado de hija del codemandado Medina. Es menester destacar que la posesión de estado denota fehacientemente dicho estado de familia que se ostenta respecto del presunto padre o presunta madre y, el niño al crecer, va asimilando la identidad de la familia y cultura en que vive. En consecuencia, en salvaguarda del derecho a la identidad de la

menor Fiorella Kathy Medina Sánchez, y en aras de su interés superior, corresponde estimar el recurso de casación por la causal sustantiva denunciada.

NOVENO.- (...); Que, con relación al control constitucional, es preciso tener en cuenta que la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, por ésta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario atendiendo a la trascendencia que ésta decisión implica, por lo que el Juzgador deberá tener en cuenta que, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a priori se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental; por ésta razón, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha previsto que la inaplicación de una norma legal, sólo resulta viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

#### DECISIÓN

A) Por estos fundamentos y de conformidad con el artículo 396 del Código Procesal Civil: Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el demandado Medina; en consecuencia, CASARON la sentencia de vista.

B) Actuando en sede de instancia REVOCARON la sentencia apelada de fecha uno de abril de dos mil quince, que declara fundada la demanda; reformándola, la declararon INFUNDADA.

### **3.3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos**

#### **3.3.3.1. Opinión consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002 solicitada por la comisión interamericana de derechos humanos**

1. El 30 de marzo de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en razón de lo que dispone el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una solicitud de Opinión Consultiva, sobre la interpretación de los artículos 8<sup>149</sup> y 25<sup>150</sup> de la Convención Americana, con

---

<sup>149</sup>Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

<sup>150</sup>Artículo 25. Protección Judicial

el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19<sup>151</sup>, de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo se solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

2. En distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, (...).

LA CORTE, por seis votos contra uno. DECLARA

Que, para los efectos de esta opinión consultiva, “niño” o “menor de edad” es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley.

Y ES DE OPINIÓN

1. (...), los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.

---

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

<sup>151</sup>Artículo 19. Derechos del Niño. “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

2. Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales (...).

4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.

5. Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. (...).

7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.

8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los



económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

### **3.4. Casos Emblemáticos**

#### **3.4.1. Consulta Expediente N° 1699-2007 - Lima Norte**

La Corte Suprema de la República Sala de Derecho Constitucional y Social, Lima, trece de agosto de dos mil siete, y considerando:

Es materia de consulta la sentencia de vista de fecha dieciocho de mayo del dos mil siete, emitida por el Primer Juzgado Mixto MBI de Condevilla, Lima Norte, que revoca la apelada que declaró improcedente la oposición y convierte el mandato contenido en la resolución número cinco en declaración judicial de paternidad.

La consultada sostiene que la Ley 28457, vulnera los derechos constitucionalmente reconocidos: a la libertad, el artículo 2 de la Ley 28457, conmina indirectamente al demandado a efectuarse la prueba del ADN dentro de los diez días de notificado, como única posibilidad para que su oposición al mandato pueda ser efectiva, negándole la posibilidad que en ejercicio de su propia libertad pueda negarse a la misma, por lo que aplicar la ley en ese extremo se traduce en una coacción al demandado, vulnerándose su Libertad, consagrada en el artículo 2 inciso 24 de la Constitución Política del Estado; y al debido proceso, considera que presentar una demanda de filiación, sin la exigencia de ofrecer medio

probatorio alguno que pruebe lo afirmado, y que el Juez deba emitir una resolución declarando la filiación demandada sin que se haya pasado por una etapa probatoria atenta contra el debido proceso, y que la resolución que se expida no es justa para el demandado pues las partes están en desigualdad de condiciones al momento de recurrir al Órgano Jurisdiccional.

## FUNDAMENTOS

QUINTO: (...), debe tenerse en cuenta que no solo se encuentra en tema el derecho a la Libertad y el derecho al Debido Proceso, sino también el derecho al Nombre y a la Identidad de un menor, previstos en los artículos 2 inciso 1 de la Carta Política, y desarrollado en los artículos 19, 21 y 26 del Código Civil y 6 del Código de los Niños y Adolescentes. En consecuencia, en este caso debe aplicarse la ponderación de los derechos constitucionales involucrados. (...): “Que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, sino que tienen límites derivados de la defensa de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos o del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, esto es de la tutela del estado democrático, límites que a su vez no son absolutos, pues se hallan contrabalanceados tanto por la fuerza expansiva de los propios derechos como por la congruencia orden jurídico en que se inscriben”.

SEXTO: (...), En sentido moral, la Libertad se circunscribe a hacer lo que no daña a otro, y en sentido jurídico la Libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permiten y todo lo que no prohíben. Ahí van los viejos aforismos latinos: “*Libertas est naturales facultas eius, quod cuiquefacere libet, nisi si quid vi, aut Iure prohibetur*”, (...).

NOVENO: El derecho al nombre y la identidad personal, es fundamental, es sin duda el primer derecho reconocido, como ya se ha señalado. El antiguo aforismo latino de "*mater certus pater semper incertus*" se resolvió en la ley, desde el Derecho Romano, estableciendo la paternidad procedente del vínculo matrimonial, denominada la presunción "Pater is ...", (...).

DÉCIMO TERCERO: A la luz de los principios reseñados, debe analizarse la aludida incompatibilidad de la Ley 28457 con el derecho a la libertad. Debe señalarse que la referida ley no obliga al demandado a someterse a la prueba de sangre, ni que se le conduzca de grado o fuerza, por el contrario, la norma señala en el tercer párrafo del artículo 2, que si después de transcurridos diez días de vencido el plazo, el emplazado no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, su oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad. Significa que el demandado es libre de decidir si concurre a la toma de las muestras para la prueba de ADN, más aun, al formular la oposición se obliga a asistir, empero, en caso que no asista injustificadamente, como en el caso de autos, el magistrado deberá pronunciarse por la improcedencia de la oposición y declarar judicialmente la paternidad, (...).

DÉCIMO CUARTO: El Debido Proceso, no se aprecia su afectación, toda vez que el demandado tiene la posibilidad de oponerse a dicho mandato y someterse a la prueba del ADN para demostrar su negativa, en este caso, que no es el padre del menor. El hecho que el proceso se base en la prueba del ADN se ampara en que dicho medio probatorio, como

ya se ha señalado, es considerado científicamente determinante para dilucidar el caso materia de la demanda, en la medida que otros medios probatorios, no asegurarían el caso con la certeza que ofrece dicha prueba biológica.

Por las razones expuestas y de conformidad con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: DESAPROBARON la Resolución consultada de fecha dieciocho de mayo de dos mil siete en cuanto declara inaplicable al caso materia de autos la Ley 28457, en consecuencia, NULA dicha resolución, MANDARON que el Primer Juzgado Mixto MBJ - Condevilla de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte emita nueva decisión teniendo en cuenta los considerandos precedentes.

#### **3.4.2. Sentencia Casación N° 3797 – 2012- Arequipa**

La Sala Civil Permanente Corte Suprema de Justicia de la República;  
Lima, dieciocho de junio de dos mil trece, emite la siguiente sentencia:

##### **MATERIA DEL RECURSO**

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante Simón Coyla Quispe (en adelante Coyla), contra el auto de segunda instancia, que revocó el auto de primera instancia y declaró inaplicable la norma contenida en los artículos 399 y 400 del Código Civil, en consecuencia, infundada la excepción de caducidad propuesta por la demandada, la existencia de una relación jurídica procesal válida, por consiguiente, saneado el proceso sobre impugnación de paternidad.

## RECURSO DE CASACIÓN - FUNDAMENTOS

Se declaró procedente, por la infracción normativa de los artículos 138 de la Constitución Política del Perú, 6 del Código de los Niños y Adolescentes y III del Título Preliminar del código procesal civil; también se declaró procedente en forma a excepcional, de conformidad con el artículo 392-A del código procesal civil, por la causal de infracción normativa del artículo 139 incisos 3° y 5° de la Constitución Política del Estado.

UNDECIMO. - Que, siendo ello así a criterio de este Tribunal Supremo cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ella no puede justificarse sólo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo.

DUODÉCIMO. - (...), para casos como éstos resulta e aplicación los artículos 399 y 400 del Código Civil, dado que interesa tanto al Estado (que necesita saber con certeza la identidad de una persona) como al particular (que ha labrado su identidad dinámica con la certeza de conocer a su padre) que haya un punto de cierre para la impugnación de la paternidad. Amparar la demanda significaría que los tribunales de justicia fomenten la impugnación de paternidad por motivos irrelevantes, generando un estado de incertidumbre absoluta sobre la identidad de las personas.

DÉCIMO SEXTO. - Que, es verdad que, en algunos casos, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad legal, pero para que ello proceda deben existir situaciones especiales límites que el juez debe analizar de forma rigurosa a fin de fundamentar las razones que permitan desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional. Ello no ocurre aquí, pues, como se ha señalado, la demanda fue planteada porque el recurrente escuchó de algunas personas (que no precisa) versiones de que no sería el padre del menor (manifestaciones que tampoco explicita), ello diecisiete años después del nacimiento de este, (...).

DÉCIMO SÉTIMO. - Que, en ese punto, este Tribunal Supremo es claro al señalar que la identidad es un derecho, pero es también un deber, por lo que los ciudadanos tienen que cumplir las obligaciones a las que libremente se han sometido, más aún si ello ha provocado la existencia de documentación a favor de alguien y una historia compartida que ha llevado -como en este caso- que el menor considere al demandante como su padre.

Por estos fundamentos y de conformidad al artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el demandante Coyla, y en consecuencia NO CASARON el auto de segunda instancia número 394-2012.

## CAPÍTULO IV

### DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

#### 4.1. Discusión Doctrinaria

##### 4.1.1. Posturas a argumentos a favor

Figuroa Yáñez señala, el principio de la libre investigación del origen genético forma parte del derecho fundamental de la identidad, razón por demás suficiente para legitimarlo e impulsar su defensa y reconocimiento<sup>152</sup>. En ese mismo sentido la doctrina y jurisprudencia comparada reconocen la legitimidad y constitucionalidad de las pruebas biológicas considerando que por sobre encima de los derechos individuales del presunto progenitor está el derecho del menor a conocer su verdadera identidad, su derecho esencial a su ascendencia biológica completa, todo ello parte del denominado derecho de identidad del niño.

Nora Lloveras, considera que, la identidad biológica implica el derecho a conocer la fuente de donde proviene la vida, la dotación cromosómica y genética particular, así como los transmisores de ella, los progenitores o padres y el entorno del medio en que se expresan los genes, lo cual importa la definición del contexto histórico y cultural del nacimiento o aparición de la persona en el mundo externo y social<sup>153</sup>.

El derecho a la identidad implica un reconocimiento a la revelación del propio ser, fundamentalmente el derecho a la identidad en su faz estática que

---

<sup>152</sup>FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo en VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2010, pág. 146.

<sup>153</sup>LLOVERAS, Nora en VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*. Ob. Cit. Pág. 147.

está representada en el origen genético biológico de la persona<sup>154</sup>. Y es que el derecho a la identidad está comprometido, por lógica consecuencia, con la dignidad personal, hoy en día denominada como el principio de dignidad de la persona humana.

González Luna<sup>155</sup>, sobre la Ley N° 28457 y su moderno tratamiento protege en especial el derecho a la identidad del niño, derecho reconocido como fundamental por normas nacionales e internacionales. Partimos de la Constitución que lo reconoce en su artículo 2.1. A nivel internacional, el artículo 8° en la Convención sobre los Derechos del Niño señala que los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Asimismo, de acuerdo al artículo 7.1 de la mencionada Convención y al artículo 6° del Código del Niño y del Adolescente, el derecho a la identidad comprende 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.

#### **4.1.2. Posturas o argumentos en contra**

Plácido Vilcachagua, con un personal razonamiento amparado en el derecho constitucional, que los medios propuestos por la ley resultan restricciones gravosas de los derechos a la intimidad y a la integridad del presunto progenitor dado que, prácticamente, con el dicho de la parte demandante, se declarará una paternidad y se impone una obligatoria actuación

---

<sup>154</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 147.

<sup>155</sup>GONZALES LUNA, María Alejandrina en VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*. Ob. Cit. Pág. 148.



de la prueba de ADN para oponerse al mandato de paternidad, lo que vulnera el derecho a la defensa, y por ello es inconstitucional<sup>156</sup>.

Céspedes Suzuki, en la misma corriente, alega que “la realización de la prueba pericial de ADN puede implicar la vulneración de derechos fundamentales”, como el derecho a la intimidad (intimidad genética), el derecho a la integridad incluso física, el derecho a la libertad personal, puesto que todo individuo tiene derecho a oponerse a la ejecución de todo aquello que no le venga impuesto por la ley, ya que carecemos en nuestro ordenamiento de norma específica que obligue al sometimiento a este tipo de pruebas<sup>157</sup>.

Rodríguez Ávalos, considera que a la luz de nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente posible obligar al demandado a someterse a la prueba de ADN, pues no presenta ningún conflicto entre los derechos del presunto padre y del menor<sup>158</sup>.

Plácido y Céspedes, tratan el tema Suárez Vargastzat y Rodríguez Domínguez, quien además alega que es inconstitucional porque atenta contra la presunción de inocencia (consagrada en el artículo 2, inciso 24, literal e, de la Constitución), lo que resulta al extremo desatinado.

No faltan, siguiendo la cómoda tendencia ecléctica dicen que no todo el texto de la norma merece reproche constitucional, solo una parte, mejor dicho, no toda la ley es mala, solo dos artículos, el 1 (en su segundo párrafo) y el 2,

---

<sup>156</sup>PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Es inconstitucional obligar al demandado a someterse a la prueba de ADN. en Legal Express, Año 5, enero, N° 49, Lima, 2005, pág. 19.

<sup>157</sup>La negativa a la prueba de ADN no prueba la paternidad: deficiencias de la Ley 28457. Erika Céspedes Suzuki. Publicado en el Suplemento Jurídica N° 57, pág. 6 -7. 02 de agosto 2,005. Diario Oficial El Peruano, disponible en: [http://sodeme.org/publicaciones/articulos/a\\_01\\_09.pdf](http://sodeme.org/publicaciones/articulos/a_01_09.pdf).

<sup>158</sup>RODRÍGUEZ ÁVALOS, Yovar Osven. Modernos lineamientos de la filiación biológica y la ley que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial en Actualidad jurídica, N° 169, Lima, 2007, pág. 42.

disposiciones estas que no admiten su adecuación constitucional porque infringen el derecho al debido proceso<sup>159</sup>. No hay que tenerle miedo a la obtención compulsiva cuando, en última instancia, pretende satisfacer o restituir derechos humanos<sup>160</sup>.

#### **4.1.3. Posición o argumentos personales**

Los derechos del menor se encuentran garantizados en el principio del interés superior del niño. Pues, se sustentan en un derecho personalísimo. No podrían sustentarse en la dependencia de otras personas. Además, se debe asumir con responsabilidad los actos, estableciendo un reconocimiento filial. Es así este derecho debe sostener en un amparo legal para su pleno ejercicio.

En una sociedad lleno de avances tecnológicos, y la adquisición constante conocimiento científicos. Por ende, se encuentra justificado ante un tema tan delicado, apoyarse de pericias científicas en el ámbito legal. De esta manera, existe un complemento entre la realidad y el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, está más que justificado el uso de la prueba de ADN en la relación de paternidad extramatrimonial.

La falta de oposición o la simple negativa a no realizase la prueba de ADN no es argumento para una declaración de un vínculo. Son muchas las situaciones de no haberse opuesto o practicarse. En primer lugar, un correcto emplazamiento al demandado. Segundo lugar, la falta de recursos económicos para tomar los servicios de un letrado. Por otra parte, tampoco pretendemos

---

<sup>159</sup>FURUKEN ZEGARRA, Carlos. El (actual) proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y el derecho a un debido procesal en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 13, N° 108, Lima, 2007, pág. 94.

<sup>160</sup>HERRERA, Marisa. La identidad en serio. Un debate inconcluso sobre la compulsión de las pruebas biológicas en los juicios de filiación en *Revista de Derecho de Familia*, N° 2, Lima, 2007, pág. 119.

justificar la irresponsabilidad. Pero, lo que si pretendemos es que en todo momento se tenga presente la situación particular del caso. Además, se garantice los derechos del espíritu que dio motivo al proceso. Es así que, teniendo en cuenta estos se podrían pretender buscar una verdad material que nos acerca a la justicia.

Los supuestos derechos violados en desarrollo de la declaración de la filiación. Antes bien, ningún derecho puede ser absoluto. Por lo tanto, cualquier derecho reconocimiento tiene restricciones y límites en circunstancias especiales. Es así que tanto el derecho de libertad, intimidad e integridad. Pueden ser pasibles de restricciones frente a derecho de interés social y por estricto cumplimiento de los tratados y convenios internacionales.

Toda niña o niño, es considerado un sujeto de derecho protegido por el principio del interés superior del niño. Por ello, los diferentes tratados internacionales también reconocen como un principio rector de interpretación. También, nuestra constitución política regula que dicho principio es fuente de otros derechos y funciona como parámetro de interpretación en casos relacionados a menores de edad. Pues bien, dentro de un proceso donde se encuentre un menor solicitando su identidad, no justifica declarar una relación de filiación sin haber agotado todos los medios razonables. En consecuencia, lo que nosotros sostenemos es que se ordene bajo un mandato de grado fuerza del presunto padre a fin de que tome las muestras y se practique dicha prueba y así llegar a una declaración tan objetiva y real que se encuentra más que justificada.

## 4.2. Discusión Normativa

### 4.2.1. Análisis o discusión de la normativa interna

#### 4.2.1.1. La Constitución Política del Perú

La constitución, protege: *A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.*

Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanen todos y cada uno de los derechos del ser humano.[...] <sup>161</sup>.

Los poderes públicos tienen el deber especial de protección de los derechos fundamentales de la persona. La dignidad de la persona humana trae consigo una protección universal frente a todo tipo de destinatario. Es por ello, que no hay un ámbito social extenso del efecto normativo y regulador de dichos derechos. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan la fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas de inferior rango y los actos de sus órganos no deben contradecir a la constitución tratándose de los derechos fundamentales de la persona humana.

---

<sup>161</sup>STC 2273-2005-PHC, Fojas 6.

En igual sentido la constitución también, busca la, *Protección a la familia. Promoción del matrimonio.*

“[...] el Estado social y democrático de Derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia vertical, frente a los poderes del Estado y horizontal frente a los particulares. Ello excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, toda vez que éstos no sólo son derechos subjetivos de las personas sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales justicia, igualdad, pluralismo, democracia, entre otros recogidos, ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional<sup>162</sup>.

#### **4.2.1.2. La Ley N° 28083**

Esta ley se encargó de establecer los primeros fundamentos a fin de precisar que el proceso de filiación mantenía un carácter muy especial. Y en todo momento se pretendió acortar los plazos y la duración.

Marco el inicio para la aprobación de la ley N° 28457. La justificación para la formulación y aprobación de este proceso fue la contundencia de la prueba de ADN<sup>163</sup>. Luego de que los resultados

---

<sup>162</sup>STC 10087-2005-PA. Fojas 3.

<sup>163</sup>VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 105.

efectivos permitían obtener quién es el padre sin merecer mayor discusión. Así mismo la pretensión de filiación se hizo más atendible gracias al uso de las pruebas biológicas. En consecuencia, un futuro prometedor: todos los hijos con un padre, como debe de ser, como la naturaleza lo exige<sup>164</sup>.

Nos brindó una solución que no hace más que reconocer la fuerza de los genes por sobre el formulismo legal. El criterio normativista, la rigurosidad y apego a los principios jurídicos ceden frente al imperio de la protección inmediata de una persona para contar con un padre<sup>165</sup>. Pues, ley dictada y el procedimiento aprobado buscaban solucionar el problema de la paternidad. Por esta razón, posiblemente era una solución de fondo y también de forma.

#### **4.2.1.3. La Ley Número 27337 - Código del niño, niña y adolescentes**

El código del niño, niña y adolescentes, permitió la configuración del niño como un ser humano titular de personalidad jurídica, implica una administración de justicia especializada y el cumplimiento de las garantías del debido proceso.

En concordancia con la convención, se conceptualizo la llamada doctrina integral de protección a la infancia, que tiene como fundamento el reconocimiento del niño y del adolescente como sujetos

---

<sup>164</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 108.

<sup>165</sup>Ibídem, pág. 109.

de derecho y se sustentan en principios básicos como en el interés superior del niño y la no discriminación de los menores de edad<sup>166</sup>.

Este código, establecida con la presente ley busco reforzar los derechos otorgados como sujetos en proceso de formación, bajo una protección primordial y superior de la infancia.

La nueva doctrina, permitió conceptualizar, como sujetos de derechos, reconociendo su capacidad jurídica como efecto de esta nueva condición de sujetos activos de derechos. Además el principio de superior del niño, se asienta como pilar de la protección integral y que se debe materializarse con la consideración del mismo en todas las acciones relacionadas con la infancia<sup>167</sup>.

#### **4.2.1.4. La Ley Numero 30628**

Esta ley, recientemente dictada, es la tercera modificatoria que tiene la ley original. La primera modificación tiene lugar cuando se ajusta la primera norma para indicar que el pago de ADN lo haga la parte demandada. La segunda modificación es cuando se incorpora la pretensión alimentaria en el proceso de filiación, como una pretensión accesoria. Y la tercera modificación curiosamente debía haber estado dirigida a una simplificación del proceso, porque finalmente el proceso sigue siendo tedioso y en algunos casos se ha

---

<sup>166</sup>CHUNGA LLAMOJA, Fermín, CHUMGA CHAVEZ, Carmen y CHUMGA CHAVEZ Lucia. *Los derechos del niño y niña y adolescente*. Lima, Editora Grijley, 2012, pág. 24.

<sup>167</sup>Ibídem, pág. 25.

seguido complicando. En conclusión, el tema central por parte de los jueces que no han sabido entender el espíritu de la norma.

Se presentan temas muy novedosos en la presente norma. Por un lado, el demandado no paga el costo de la prueba de ADN, se declara la paternidad. Esto debido al sinfín de casos en el que para evadir la solución del mismo no se honraba los servicios de los laboratorios. Y, por otro lado, esta modificatoria permite el allanamiento. Es así que, es contundente la pregunta, si se puede allanar ante un derecho indisponible (como el derecho a la identidad, a ser padre, o afiliación). Además, ya no se requiere la defensa de un abogado, supuestamente por que la demanda no exige la firma de un letrado. Finalmente se va permitir la aplicación del ADN de la ancestralidad (que se puede realizar a los abuelos) o de fraternidad (a los hermanos del padre premuerto). Consideramos a toda luz temas de arduo debate tan inquietantes.

#### **4.2.2. Análisis o discusión de la normativa internacional**

##### **4.2.2.1. La Declaración de Ginebra**

La primera declaración sistemática fue compuesta por la pedagoga suiza Eglantine Jebb, y el 26 de setiembre de 1924, la asamblea de naciones la adopto, denominando “Declaración de Ginebra”. Fue una respuesta de esperanza frente al holocausto que significo la primera guerra mundial, esperanza que fue traducida en paz entre los hombres fue depositada precisamente en la sociedad de naciones.



En el documento difundido del Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF). Allí se recogió las opiniones de las personas respecto a los malestares de las personas sobre la declaración de Ginebra. Puesto que, cuando en 1939 estallo otra guerra mundial, ante la cual la sociedad se encontró impotente, sus declaraciones se convirtieron en simples, “pedazos de papel”, sin valor alguno. Por consiguiente, solo fueron declaraciones estipuladas como lo menciona UNICEF.

#### **4.2.2.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos**

Los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, sin discriminación. Están concebidos como el contenido esencial, y la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad, y por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social.

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad.

La Convención representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño con el estado y las políticas sociales, y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños, y

sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos.

Se resaltó la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona. Ya no son considerados como objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad. Ahora, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos. Por lo tanto, debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria<sup>168</sup>.

#### **4.2.2.3. Declaración de los Derechos del Niño**

La Organización de Naciones Unidas, menciona que los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revelan una característica uniforme. El reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres.

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,

---

<sup>168</sup>La CDN y, específicamente, el principio del interés superior del niño, plasmado en ella, viene a señalar expresamente el reconocimiento y la obligación de los Estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de uno de los grupos más débiles o vulnerables de la sociedad, los niños.

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 4° y 43° de la Constitución Política del Estado<sup>169</sup>.

#### 4.2.2.4. Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, nos menciona:

*“El objeto de la Convención es reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos, ya que ellos tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos y, además, son beneficiarios de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable”,*

Constituye un instrumento internacional vinculante para los estados partes en su interpretación con relación del tratamiento de la infancia<sup>170</sup>. Dicho instrumento internacional, se encuentra inspirada en la “Doctrina de la Protección Integral”.

---

<sup>169</sup>Tercer Pleno Casatorio Civil. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se 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, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

<sup>170</sup>STC. N° 4853-2004-PA, Fojas 28. “[...] La interpretación constitucional es [...] una labor de “concretización” y también de intermediación entre el momento constituyente y el momento de aplicación de las disposiciones constitucionales. No hay interpretación fuera del tiempo. El contexto y sus múltiples manifestaciones dan sentido y objetividad a la interpretación, que es ante todo una actividad humana que partiendo del texto de la Constitución [...]”.

El Principio del Interés Superior del Niño<sup>171</sup>, indiscutiblemente es una guía. Para, 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. Debe ser, la consecuencia lógica de la valoración de todo el caudal probatorio aportado al proceso. Es por ello que a partir del cual el juzgador utilizando su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño<sup>172</sup>.

### **4.2.3. Análisis o discusión del derecho comparado**

#### **4.2.3.1. Legislación de Brasil**

En la legislación de Brasil, es sin duda una marcada tendencia a simplificar los trámites en la indagación de la paternidad<sup>173</sup>. Tanto así, que se busca garantizar los derechos del menor.

La Ley N° 8560, del 29 de diciembre de 1992, regula la investigación de oficio de la paternidad de los hijos extramatrimoniales. El proceso de paternidad se inicia de oficio, estableciendo una investigación con los datos del presunto padre. Es fundamental el apoyo de la madre. Además, se cautela los datos personales de las partes en el proceso. Es más, existe la posibilidad de llegar a una conciliación entre las partes.

---

<sup>171</sup>El interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior”.

<sup>172</sup>SOKOLICH ALVA, María Isabel. *La Aplicación del Principio del Interés Superior del Niño por el Sistema Judicial Peruano*. Revista Vox Juris, pág. 4.

<sup>173</sup>VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 167.

En el caso de que el presunto padre, no conteste dentro del plazo de los 30 días. El juez requerirá al fiscal para que inicie investigación del nexo filial.

Esta ley tiene como objetivo facilitar el reconocimiento de los hijos imponiendo en su oportunidad las responsabilidades debidas a los padres biológicos<sup>174</sup>. La legislación brasileña, demuestra la importancia que representa para su sociedad que toda persona tenga un padre.

Esta ley ha permitido que en Brasil, establecer la reducción de los hijos sin padre, carentes de reconocimientos, que en cifras es desbordante, como lo recuerda la profesora Ana Liési Thurler al indicarnos los cerca de 800 mil niños nacidos anualmente en Brasil que quedan sin reconocimiento<sup>175</sup>.

#### **4.2.3.2. Legislación de Costa Rica**

La Ley N° 8101 de Costa Rica, “*Ley de Paternidad Responsable*”, del 27 de abril de 2001. Pretende brindarles a las madres un proceso mucho más rápido, menos costoso y con ello descongestionar un sistema judicial que se encuentra colapsado, a través de un procedimiento administrativo más eficiente y en donde

---

<sup>174</sup>CAVALCANTE DE OLIVEIRA, Ingrid Caroline por VARSÍ, DEUSDARÁ, “*O direito de ser filho e a Constituição de 1988*” en *lus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 825, 6 out. 2005, en <http://jus2.uol.com.br>. Acesso 06/ 1012005.

<sup>175</sup>VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 170.

los plazos se reducen, cumpliendo con ello el mandato constitucional de justicia pronta y cumplida<sup>176</sup>.

Son derechos humanos: el derecho de todo niño de conocer a su padre y madre, a saber quiénes son, a mantener contacto, a ser cuidados y alimentados<sup>177</sup>. A su vez, son derechos que desarrollan otros derechos como el derecho a la identidad personal, a la vida familiar y el desarrollo personal.

El proyecto busca garantizar a los niños y niñas su desarrollo integral, sobre la base de la paternidad responsable, colocando por encima este derecho, sobre otros que puedan tener los individuos en particular<sup>178</sup>.

La ley de paternidad responsable de Costa Rica dispone un proceso administrativo a través del cual se busca dar solución a un problema tan real y humano como es la filiación<sup>179</sup>.

La ley, menciona que, en casos de ausencia del padre o la madre, se procederá a firmar el acta indicando el nombre de aquella o aquel. El registrador le informará las consecuencias y responsabilidades si señala como padre a quien, luego de someterse a las pruebas biológicas, sea descartado. Así también la prueba de ADN es obligatoria y se considera su efectividad. Además, al presunto padre tiene el plazo de diez días para manifestar su posición, bajo

---

<sup>176</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 170.

<sup>177</sup>Proyecto de Ley N° 14064, denominado proyecto de paternidad responsable (8 de agosto de 2000).

<sup>178</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Ob. Cit.

Pag. 172.

<sup>179</sup>Ibídem.

apercibimiento de declararse la paternidad mediante reconocimiento administrativo de filiación.

El no apersonamiento o la negativa a la prueba genética determina la presunción de paternidad, en este caso se inscribe con los apellidos de ambos progenitores, siempre que la madre y el niño se hubieren practicado la prueba. La realización de la prueba la ley indica que los laboratorios del seguro social: a). Realizarán gratuitamente la prueba<sup>180</sup>.

#### **4.2.3.3. Legislación de Ecuador**

El Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, Codificación N° 2002-100, R.O. 737, del 3 de enero de 2003. En igual sintonía que la ley peruana, si el presunto padre injustificadamente se negara realizarse la prueba de ADN dentro del plazo legal, se asumirá como si el resultado sea positivo, y por lo tanto de declarar la paternidad extramatrimonial.

Además, se menciona que existe la carencia de recursos económicos para el costo de la prueba de ADN, el juez encargado ordenara a la Oficina Técnica practique un estudio social y se emite un informe del caso en concreto. Así también permite de ser el caso, los gastos puedan ser asumidos por el presunto padre o madre, pero si la

---

<sup>180</sup>Este dispositivo legal no se cumple, de allí que exista un proyecto de ley, Exp. 14.374, que busque reformar la ley de paternidad para que sean los demandados quienes paguen, o en su caso, la madre que mintió. Este proyecto se sustenta en que: [Muchas] falsas expectativas se generaron en la población a raíz de esta Ley: se esperaba una ley justa, que volviera ágil y veloz la investigación de paternidad, pero la prisa de aprobar esta ley, bien intencionada, se convierte en un mal chiste, porque no habrá dinero suficiente para pagar las pruebas de paternidad.

prueba resultara no favorable tendrán el derecho de solicitar el reembolso.

Se debe rescatarse la importancia conferida a la prueba genética<sup>181</sup>. El hecho de demandar atención económica implica la existencia de un vínculo que, de no estar probado, corresponde al juez, tomar el elemento fáctico (la demanda) como justificación para investigar el elemento objetivo (la filiación). Todo esto bajo el argumento de que existe una necesidad e indicios de una justicia social en honor de la niñez<sup>182</sup>.

#### **4.2.3.4. Legislación de Chile**

Ley N° 20030 que modifica el Código Civil en lo relativo para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad y a la valoración de los medios de prueba. La ley elimina el reconocimiento judicial mediante la confesión de paternidad o maternidad prestada bajo juramento la que tenía un trámite de aplicación excepcional<sup>183</sup>.

Las biopruebas serán practicadas por el servicio médico legal, o por laboratorios idóneos designados por el juez. El costo es asumido por el Estado si son ordenadas judicialmente. Las partes tendrán derecho, por una sola vez, a solicitar un informe pericial biológico<sup>184</sup>.

Se otorga a las biopruebas valor suficiente para establecer la filiación

---

<sup>181</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2010, pág. 178.

<sup>182</sup>Ibídem, pág. 178.

<sup>183</sup>Los incisos 2,3y 4 del artículo 188. del código civil chileno contemplaban este tipo de reconocimiento.

<sup>184</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El Moderno Trato Legal de la Filiación Extramatrimonial*. Ob. Cit. Pág. 180.



extramatrimonial o excluirla se mantiene el sistema abierto en cuanto a la presentación de pruebas, pero con el matiz que la prueba del ADN prevalece sobre las demás.

Respecto de la negativa a someterse a la prueba científica, se dispone la presunción en caso sea injustificada (es decir, citada dos veces, bajo apercibimiento de aplicarse la presunción de filiación, no se concurre a su realización). De esta forma, se establece una presunción *iuris tantum*. En esa medida se desvirtuará la presunción si se demuestra que la filiación declarada judicialmente (por negativa injustificada a la prueba pericial biológica) no coincide con la realidad<sup>185</sup>.

### **4.3. Discusión Jurisprudencial**

#### **4.3.1. Análisis o discusión de la jurisprudencia del tribunal constitucional**

##### **4.3.1.1. Análisis EXP. N° 04509-2011-PA/TC-SAN MARTÍN**

Se puede concluir no se cumplió con notificarle válidamente el mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial al demandado. Debido a que se encontraba fuera del país. De manera que ha quedado probado con la hoja de movimiento migratorio. Por lo tanto, se no se pudo garantizar su derecho de defensa.

---

<sup>185</sup> Antes de la vigencia de esta ley, la negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configuraba una presunción grave en su contra, apreciada por el Tribunal, pudiendo constituir un elemento de prueba cuando tuviese los caracteres de gravedad y precisión suficientes a efectos de formar el convencimiento de la Sala (artículo 426" del Código de Procedimiento Civil). De esta forma, la negativa injustificada era debidamente apreciada, pudiendo declarar o no la filiación observándose si la negativa del demandado causaba o no convicción sobre la filiación.

*[...] La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver<sup>186</sup>.*

El derecho de identidad, está conocido en el inciso 1 del artículo 2 la constitución política del Perú. Asimismo, represente un atributo inherente e esencial de toda persona humana. Asia también es el reconocimiento que todo individuo tiene por lo que es y por el modo como es. Entonces, este derecho tiene protección tanto en derecho interno e internacional.

*“[...] los derechos fundamentales constituyen una manifestación de la dignidad de la persona humana, aquellos tienen una posición central en el ordenamiento jurídico. Esa centralidad implica, a su vez, la previsión de mecanismos jurídicos que garanticen su eficacia real, pues cuando se vulnera un derecho fundamental se afecta tanto el derecho subjetivo de las personas*

---

<sup>186</sup>STC 04989-2006-PHC, Fojas 11.

*cuanto el conjunto de valores y bienes constitucionales que precisan ser igualmente protegidos. Ello justifica que nuestra Constitución (artículo 200º) haya previsto determinadas “garantías constitucionales” a fin de salvaguardar el principio de supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales<sup>187</sup>”.*

Respecto a la protección del menor sobre la identidad ya declarada. De la misma manera que el criterio del tribunal constitucional. También compartimos que se trata refiere al estatus especial filis. Y que tiene que ser vista y llevada de una manera muy particular.

Es así, que a pesar de que ha quedado plenamente acreditado el agravio de los derechos de la parte demandante. No obstante, se puede desproteger los derechos fundamentales del menor. Por todo ello, se tendrá suspenderse los efectos nulificantes que pudieran recaer específicamente sobre el reconocimiento de paternidad hasta que se culmine el nuevo proceso.

#### **4.3.1.2. Análisis del EXP. N° 004305-2012-PA/TC-APURÍMAC**

El artículo 1º la Ley N° 28457, refiere: “quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juez de paz letrado que expida una resolución declarando

---

<sup>187</sup>STC 10087-2005-PA. Fojas 6.

la filiación demandada”. Este artículo debe necesariamente interpretado con el artículo 407° del Código Civil, que dispone sobre quiénes recae la titularidad de la acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, indicando que por regla general la acción no pasa a los herederos, es decir, no es transmisible mortis causa. Debido a que ya el fallecido dejó de ser sujeto de derecho.

La excepción de que los herederos del hijo (descendientes) si podrán continuar la acción es cuando se haya iniciado el proceso antes del fallecimiento. Por eso no se puede amparar el pedido, ya que la acción promovida a favor de la hija menor de edad (para quien se está solicitando la declaración de paternidad) fue posterior a su muerte. Es así que la representación legal como madre ha fenecido con la muerte de la menor.

#### **4.3.2. Análisis o discusión de la jurisprudencia del Poder Judicial**

##### **4.3.2.1. Análisis de la CONSULTA N° 2047-2011-LIMA**

En el conflicto de normas jurídicas. Por un lado, tenemos el reconocimiento como un derecho fundamental de la persona el derecho a la identidad. Incluso este reconocimiento no solo es a nivel constitucional, sino también internacional. Por otro lado, existe la norma legal que establece que el plazo para negar por el padre o la madre que no haya intervenido en el reconocimiento es de noventa días. Frente a esta antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional. En

consecuencia, se debe implicar la primera y aplicarse preferentemente la segunda.

*“Afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder. [...] Es por ello que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos y de los particulares<sup>188</sup>”.*

#### **4.3.2.2. Análisis de la sentencia casación N° 2726-2012- DEL SANTA**

En el derecho de filiación en las medidas concernientes al niño. Se deben tener una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Siendo ello así, se tiene que ponderar la inaplicabilidad los artículos 396 y 404 del Código Civil, a fin de garantizar el derecho al desarrollo integral y la identidad. Analizando las características particulares de la situación en que se halla el menor.

*La identidad es entendida como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado*

---

<sup>188</sup>STC 4053-2004-PHC, Fojas 14.

*conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)*<sup>189</sup>.

Entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado. El concepto de identidad personal, presupone dos supuestos fundamentales: la identidad genética de una persona y su identidad filiatoria. La primera, se conforma con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos; y la identidad filiatoria, es en cambio, un concepto jurídico, que resulta del emplazamiento de una persona de un determinado estado de familia. Todo ello sustentado en la misma dignidad de la persona.

#### **4.3.2.3. Análisis casación N° 864-2014-ICA**

El artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes precisa que el menor debe conocer a sus padres. Por lo tanto, esta tiene que ser interpretada con el artículo 395 del Código Civil, en donde se menciona que el reconocimiento no se admite la modalidad y es irrevocable. Sin embargo, el derecho a la identidad incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus

---

<sup>189</sup>Tribunal Constitucional en la Sentencia Número 02273-2005- PH/TC.

apellidos. En consecuencia, se debe priorizar que lo menos puedan conocer su padre biológico.

El derecho a la identidad comprende el derecho al nombre; señala que el derecho a la identidad "supone el reconocer a cada persona, en cuanto ser único y no intercambiable, su propia identidad psicosomática. A partir de este reconocimiento la persona tiene la facultad y el deber de asumir la paternidad de sus propias acciones de conducta, así como impedir se le atribuyan comportamientos ajenos. El que la persona sea idéntica a sí misma implica reconocer la vertiente personal del ser humano que se complementa con aquélla de carácter social. El hecho de que todos los hombres sean iguales no significa que la persona pierda su propia identidad, diluyéndose en la pura individualidad o disgregándose en la colectividad. El ser humano es estructural y simultáneamente, personal y comunitario<sup>190</sup>.

En presente caso no se determinado la presencia de dolo respecto al reconocimiento. Menos aún que se haya incurrido en error. Sino más bien ha quedado claro, dado los años transcurridos, que el demandante, tuvo una voluntad generadora del acto jurídico. Y en el momento del reconocimiento una voluntad sana y manifestada. Por lo tanto, en cuenta el Principio de Interés Superior del Niño, por lo que el Estado está en la obligación de preservar la identidad de los niños.

---

<sup>190</sup>FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Tercera edición. Lima, Librería Studium, 1988, pág. 77.

#### **4.3.2.4. Análisis casación N° 950-2016-AREQUIPA**

Respecto a la identidad dinámica. Se entiende como estatus que va asimilando el menor al crecer, la cultura, y el entorno que le rodea. También es más amplio y más importante ya que está referido a que la persona contribuya delimitar la personalidad de cada sujeto la posesión de estado denota fehacientemente dicho estado de familia. Dicho sustento tiene respaldo en el interés superior del niño que permite sobreponerse sobre la identidad estática. Por lo tanto, resulta la posesión en su faceta del menor tiene que tener mayor amparo.

La identidad del menor, es una institución jurídica concebida no en favor de los padres sino en interés de los hijos. Para que, a través de él, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor. Y se garantice la vigencia de sus derechos, entre ellos se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. El derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal.

La identidad personal debe ser protegida en sus dos aspectos. El primero que es el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil). Y el segundo que es el dinámico, más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto



unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos. En consecuencia, las relaciones familiares, tienden y contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto.

#### **4.3.3. Análisis de la jurisprudencia de la CIDH**

Respecto a la interpretación de los artículos 8, 19 y 25 de la convención americana. Se precisó que sirven para constituir un límite a la facultad discrecional de los Estados para dictar medidas especiales de protección a los niños. En consecuencia, aquéllos deben adecuar sus legislaciones y sus prácticas nacionales en consonancia a estos principios.

Las garantías de los artículos 8 y 25 de la convención americana, en relación con el artículo 19 del mismo instrumento deben interpretarse en dos sentidos. En uno negativo, en razón de que dichas disposiciones sí constituyen límites al arbitrio de los Estados, pues éstos no pueden legislar en detrimento de esas garantías básicas. Y en sentido positivo, que implica permitir su adecuado ejercicio, tomando en cuenta que los artículos mencionados no impiden adoptar disposiciones específicas en materia de niñez que amplíen las garantías ahí contempladas. La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce la protección especial que el Estado debe brindar a los niños, particularmente en materia de administración de justicia,

y reconoce como una prioridad que los conflictos en los que haya niños involucrados se resuelvan.

Estas garantías deben aplicarse a la luz de la especialidad que el propio Pacto de San José ha reconocido a la materia de infancia y adolescencia. En el sentido de “proteger reforzadamente los derechos de niños”, tal como sucede con otras situaciones especiales como son las consagradas en sus artículos 5.5 y 27 de la convención. Por ello deben tener criterios más amplios de interpretación, con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por esa razón, la aplicación de dichos artículos debe considerar los principios de interés superior de los niños, protección integral, formación integral y reinserción en la familia y la sociedad, así como la precisión acerca de la manera y condiciones en que los niños pueden acceder a esos recursos judiciales, tomando en cuenta que su capacidad de actuar no es plena, “sino que está vinculada al ejercicio de la autoridad parental, y determinada por su grado de madurez emocional y capacidad de discernimiento”.

El artículo 19 de la Convención Americana obliga a los Estados a desarrollar la normativa para garantizar las medidas de protección que los niños requieran en su condición de tales, de manera que cualquier desarrollo normativo que los Estados elaboren en torno a las medidas de protección para la niñez debe reconocer que los niños son sujetos de derechos propios, que deben realizarse dentro del concepto de protección integral. Estas medidas positivas “no consagran una potestad discrecional del Estado” con

respecto a esta población. Los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la Convención han sido contemplados y desarrollados en el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

#### **4.4. Discusión de los casos emblemáticos**

##### **4.4.1. Análisis del caso N° 1**

Los derechos y las libertades fundamentales nos son absolutos. Es así que los límites derivan de la misma defensa de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos. Más aun todavía en estado democrático. Por eso se hallan contrabalanceados tanto no la fuerza de sus propios derechos y por la concordancia del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en el Perú ningún derecho es absoluto.

La libertad, es la facultad natural que cada uno tiene de hacer, a no ser que la fuerza o la ley se lo impidan. Además, el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, dice que es la facultad de hacer todo aquello que no perjudique a otro. Sin embargo, tenemos que tener en cuenta que los derechos propios terminan donde comienzan los ajenos. Es así, la libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permiten y todo lo que no prohíben. Entonces la ley no le obliga someterse a realizarse la prueba de ADN al presunto padre y por lo tanto no habría ninguna infracción.

El Debido proceso, al decir de Osvaldo Alfredo Gozaini, significa que:

a) ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por ley, y de no haber ley razonable que establezca el procedimiento, ha de arbitrarlo el juez de la causa, b) ese procedimiento no puede ser cualquiera sino que tiene que ser “debido”, c)

para que sea “debido”, tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso, d) esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia (ser oído). Pero básicamente, el debido proceso puede ser entendido como el derecho a ser escuchado, a producir prueba, a imparcialidad, a un proceso rápido y a una sentencia motivada e impugnada. Por lo tanto, el demandado tampoco se encuentra afectado su derecho él puede producir las pruebas de crea y considere pertinente.

La ley N° 28457. En primer orden no obliga al demandado a someterse a la prueba de sangre. Es así que el demandado es libre de decidir si concurre a la toma de las muestras para la prueba de ADN. Además, el derecho a la libertad es fundamental y debe ser protegido, este al igual que todos los derechos puede ser regulado. Y en segundo lugar el debido proceso, no se aprecia su afectación, toda vez que el demandado tiene la posibilidad de oponerse a dicho mandato y someterse a la prueba del ADN para demostrar su negativa. Ya que el hecho que el proceso se base en la prueba del ADN se ampara en que dicho medio probatorio. Por todo lo manifestado esta ley no afecta ninguno de los derechos en mención.

#### **4.4.2. Análisis del caso N° 2**

La verdad biológica debe imponerse a la verdad legal. En primer supuesto se adquiere a través de una prueba de ADN. Y el segundo es la declaración de se establece por el del fenecimiento del plazo de impugnación. Esta casación establece para que la verdad biológica tenga

mayor valor deben existir situaciones especiales que el juez debe analizar de forma rigurosa. Para a fin de que pueda fundamentar las razones que permitan desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional. Por consiguiente, cuando se objeta la identidad no puede justificarse sólo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo que es su vida.

Amparar el dato genético sería generarle un problema al menor. No brindarle estabilidad en su vida diaria, perturbándolo anímicamente sobre quién es, y de dónde proviene. Por ello no se trata, por tanto, de crearle un problema por la voluntad del demandante. Por consiguiente, en todo momento se debe preservar el interés superior del menor; con el único objetivo de no menoscabar y perjudicar al menor.

La identidad es un derecho. De la misma manera es también un deber. Ese deber que tienen los estados partes de los tratados de haber cumplir y garantizar. Por lo que las instituciones y los ciudadanos tienen que cumplir las obligaciones a las que libremente se han sometido. Ya que la existencia de documentación a favor de alguien es una historia compartida que se ha generado.

## **4.5. Validación de hipótesis (0E)**

### **4.5.1. Argumento 1**

*Si afecta, debido a que vencido el plazo legal establecido en la Ley 30628, sin que exista oposición genera declaración judicial de paternidad, afectando el principio de interés superior del niño, garantía constitucional de los derechos fundamentales, consagrada en el Art. 2 Inc. 1 de nuestra Carta Magna.*

Por el presente, se determina que el principio de interés superior del niño, siendo un valor tan sustancial a causa de la sanción procesal contenida en la ley N° 30628 se encuentra afectado. Por eso, los magistrados peruanos deben aspira a alcanzar la justicia y dirigir hacía donde está orientado la interpretación del contenido de la ley. Por lo que, se considera que se debe argumentar bajo la teoría de la argumentación jurídica, razón por la cual estaría garantizado el desarrollo integral y su identidad del menor.

La identidad del menor tiene un rango constitucional y que comprende no solo ser sujeto de derecho y obligaciones. Sino, además de poseer rasgos particulares que individualizan a cada ser. Siendo uno de los importantes atributos de la personalidad y el estado civil. Mediante el cual, la persona logra su ubicación jurídica en su núcleo familiar y social. Es allí, donde la filiación permite establecer una relación jurídica entre sus procreantes y procreados.

La filiación guarda relación con el propio reconocimiento de la dignidad humana. Por lo tanto, la investigación de la declaración de paternidad es la vía para ser efectivo el carácter filius. Además, en estos procesos la importancia de la prueba genética es la expresión del derecho de

una efectiva administración de justicia, la búsqueda de la verdad objetiva y la prevalencia del derecho sustancial. Es así que, la necesidad de contar con la prueba ayuda a determinar el índice de probabilidad superior al 99.99%. En consecuencia, el juez teniendo en cuenta la naturaleza debe buscar la manera de su realización a fin de evitar los efectos de la ausencia que ella derive.

La negativa sistemáticamente de realizarse dicha prueba impide un pronunciamiento definitivo. Pues, la conducta negligente puede llevar a configurar solo un indicio. Así que, no adoptar las medidas necesarias para una exitosa práctica del examen genético. Puede, llevar a configurar una afectación de los derechos del menor.

Esta ley puede conllevar a declarar la paternidad de alguien que no puede ser su hijo. Por consiguiente, se estaría generando problemas mayores para el menor. Debido a que transcurrido algunos años se llega a la verdad objetiva que no es su padre. Por lo tanto, si tiene buscar garantizar la identidad y los otros derechos sustentados en el interés superior del niño.

El legislador al estipular la práctica de la prueba. Es debido, a la necesidad de que las personas tengan su filiación acorde con la realidad. En esa misma lógica la ley facultad que se puede acudir a los juzgados con el fin de establecer una filiación legal y jurídica. Así también, el juez respecto a lo temas de filiación tiene un deber especial de diligencia, más aún cuando se involucran derecho de menores. Por todo lo dicho, a través de realización de la prueba lo que se busca es que cualquier persona pueda conocer su origen, saber quién es su verdadero progenitor, para conocer su familia y en realidad definir su personalidad jurídica.

#### 4.5.2. Argumento 2

*En el derecho comparado la declaración de paternidad extramatrimonial se establece de acuerdo a un debido proceso judicial, sin establecer una presunción absoluta, con prueba idónea respetando el principio de interés superior del niño.*

La responsabilidad del magistrado recae directamente en él. Debido a que, la interpretación y el desarrollo del proceso con la preclusión de los plazos establecidos en la ley. Serán consecuencia de las decisiones que pueda tomar, de manera que se encuentren sustentados en los principios ordenadores de la identidad y filiación de los menores garantizados por la constitución política e internacional para no generarle un perjuicio alguno. Todo ello, permitirá sustentarse en el fin último de su defensa de la dignidad humana.

La falta de práctica de prueba resulta contraria a los propósitos constitucionales del interés superior del niño. Ya que, lo se trata de alcanzar es precisamente la certeza sobre quiénes son los reales padres. Es así que, el juez debe propiciar un campo probatorio que honre tanto los derechos del niño como el debido proceso como en la legislación de Ecuador. Por lo tanto, habiendo agotado todos los mecanismos que ofrece el ordenamiento jurídico peruano tendrá que adoptar una decisión de fondo.

La prueba idónea se puede entender como otros medios de prueba con el fin de establecer la verdadera filiación del actor. De acuerdo, a una interpretación sistemática integrada las normas de la ley con el código civil peruano. La renuncia a practicarse la prueba solo es un indicio en contra, pero jamás será prueba suficiente para declarar la paternidad. Entonces, bajo



el principio de la necesidad de la prueba el juez tendrá que acopiar todos los medios que le puedan generar cierta convicción y en apreciación conjunta, le ayuden a puntualizar su concordancia, discordancia y sentenciar.

Por mandato de ley lo que se regula es practicarse la prueba respecto de paternidad extramatrimonial. Sin embargo, otra cosa totalmente distinta es no realizarse, anulando la oportunidad de contar con un elemento valioso para solucionar la controversia. Se puede presentar, que habiendo uso de los mecanismos no se haya podido lograr su realización por causas externas. Por lo tanto, el juez debe tratar de garantizar que continúe y culmine su práctica.

En la legislación de Chile, no se establece una presunción hecha por la ley, al contrario lo que existe es una presunción de carácter *Iuris Tantum* (prueba en contrario). Entonces, en el proceso de declaración de la filiación extramatrimonial se constituye un campo probatorio de los hechos alegados por la partes. Todo ello, con el único objetivo de buscar garantizar el derecho de la familia acorde con la realidad.

En derecho comparado para establecer la filiación paterna. Se busca facilitar el reconocimiento de los menores con la importancia debida de la prueba genética. De modo el reconocimiento se realiza en forma voluntaria o contenciosa respetando un debido proceso. Por ello, se busca esclarecer la filiación hasta asumiendo el costo de la prueba por parte del Estado.

#### **4.5.3. Argumento 3**

*Los fundamentos jurídicos que sustentan la comparecencia de grado o fuerza del demandado y hacer efectiva la detención a fin de tomar las muestras del material genético son: el derecho de la dignidad, el derecho a*

*la identidad, el derecho al desarrollo integral, el derecho de los alimentos, el derecho a la formación y protección integral y el derecho de familia.*

Declarar la paternidad tan solo por el vencimiento del plazo legal. Es colocar en absoluta indefensión a los menores y a su legítimo interés del niño. Por ende, se estará afectando su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva representado por su madre. Es así que, no se estaría promoviendo su derecho de identidad y la protección integral sustentado en el interés superior del menor.

El juez tiene la obligación de ordenar la prueba de ADN. Pero su labor no se agota solo con ello, sino que se debe fortalecer con miras a lograr su realización. Es así, en los casos de renuencia de los demandados a practicarse. El juez tendría, que usar todos los mecanismos contemplados en su facultad y asegurar la comparecencia de las personas a que se realicen las pruebas. Debido a que, la falta de práctica solo puede ser tomada como un indicio. Por lo tanto, se considera que la simple voluntad de no realizarse no es prueba suficiente para declarar una paternidad.

La facultad coercitiva que tiene el juez aplicable al proceso permite administrar justicia. De acuerdo, al artículo 53 inciso 2 del Código Procesal Civil, puede disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia. De manera que, el juez, está comprometido con el éxito de realización de la prueba de ADN. Es así que, puede hacer uso de sus facultades como los requerimientos, hasta incluso imponer sanciones ante la negligencia del demandado de acudir al laboratorio. Pero toda, esta actividad debe ejercerse en un periodo razonable del tiempo. Es así, sin

afectar el principio de celeridad, el debido proceso, y con ello el alcance de la administración de justicia.

El tiempo razonable es vital para la deliberación, pero tampoco puede ser desproporcionadas sobre el asunto que se trata de resolver. La falta material genético no conlleva a dilaciones injustificadas. Por ello, existen otros medios de prueba a los cuales puede recurrir el juez para valorar, como es la regla de la sana crítica que con fundamentos razonados puede permitir determinar la existencia del vínculo. En consecuencia, la ausencia de dicha prueba no constituye un motivo para no dictar una sentencia de fondo dentro un plazo prudencial.

El magistrado tendría que sustentar sus decisiones mediante la ponderación de los derechos. Por ende, analizar las posibles afectaciones y los beneficios de los derechos del menor en la ley frente a los derechos constitucionales. Después de todo, se estará atendiendo la naturaleza especial que reviste los procesos de familia.

El costo para realizarse la prueba de ADN. Pues, dicha prueba tiene que ser pagada por parte del demandado. Es por ello que, de parte del Estado y las diferentes instituciones públicas deberían brindar facilidades respecto del costo. Puesto que, se debería permitir pagar mediante pagos indirectos ya sea por impuestos. Más aun cuando, es obligación del Estado fomentar una política a fin de brindar las facilidades de pago o compensaciones. Por todo ello, nos permitirá acercarnos a efectivizar la realización y una efectiva administración de justicia.

## CONCLUSIONES

1. Lo primordial es preservar el principio de interés superior del niño, frente a cualesquiera otros derechos (Debido Proceso, Tutela Jurisdiccional y Derecho a la Libertad), del presunto padre que busca menoscabar su correcta aplicación, debido a que, entran en controversia con el derecho de la identidad, el desarrollo integral, derecho de alimentos, la protección integral, formación integral y reinserción en la familia. Por ello, la regulación de la sanción procesal de la Ley N° 30628 afecta derechos fundamentales por estricto cumplimiento de la ley.

2. En las sentencias analizadas se concluyen que, en los procesos de impugnación de paternidad y la declaración de paternidad extramatrimonial, se debe tener en cuenta el carácter dinámico y estático de los menores, valorando de forma particular en cada caso concreto. Sin embargo, con la presente propuesta lo que se pretende es corregir el reconocimiento del menor desde un inicio, con la identidad verdadera, apoyándonos en la efectividad de la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucléico).

3. La prueba del ADN, permite determinar con precisión el vínculo genético y de esta manera otorga un elevado grado de certeza en la inclusión o exclusión de la paternidad. Por esta razón, tiene que ser entendido como un derecho y una necesidad a efectos de atribuir a quien realmente corresponde esa serie de derechos, obligaciones y responsabilidades que originan la relación paterno - filial. Por todo ello, la prueba de ADN coadyuva a preservar la verdad biológica del menor, así como otros derechos fundamentales.

4. En el derecho comparado, existe la tendencia a legitimar la aplicación de la prueba de ADN, permitiendo al juez poder obligar y propiciar dicha práctica, más aun tratando de prestar las facilidades y asumir el costo de la prueba por parte del Estado. El presunto padre si no quiere practicarse la prueba de ADN, está obligado a ofrecer otros medios probatorios que se regulan en la ley procesal. Por lo tanto, la legislación comparada busca asumir el compromiso de respetar el principio de interés superior del niño.

5. Las declaraciones de paternidad extramatrimonial por vencimiento del plazo legal para oponerse o no aceptar a practicarse la prueba de ADN. De modo que, dicho reconocimiento se impondría sobre el carácter de una preclusión procesal. Es por ello, frente a estos casos debe prevalecer el derecho fundamental del niño a conocer su verdadero origen biológico. Inclusive, si se sabría la composición cromosómica del menor se podría evitar enfermedades hereditarias. Así mismo, los derechos de un menor tienen que ser interpretados de acuerdo al principio de interés superior del niño. En consecuencia, se puede ordenar mediante una resolución debidamente motivada la comparecencia de grado o fuerza del demandado para tomar las muestras del material genético y determinar la paternidad.

## **RECOMENDACIONES**

Primero: La aceptación expresa del demandado sobre una paternidad extramatrimonial. De manera que, nos podría traer problemas mayores. Debido a que, se tiene que determinar la paternidad bajo ciertas circunstancias. Es así que, los jueces podrán obligar al demandado a realizarse la prueba de ADN. Por ello, lo que se pretende es priorizar la identidad biológica y no solo simplificar el trámite.

Segundo: Se debe pensar en construir propuestas legislativas para desjudicializar el proceso de filiación. Una buena propuesta quizá sea la vía notarial. No obstante, siguiendo todos los pasos de un procedimiento contencioso. A fin, de se realice de manera más segura, privada y muy breve la filiación de personas.

Tercera: Por parte del poder ejecutivo sería una buena propuesta establecer una política de estado. Ya que, se debería brindar las facilidades de pago de la prueba de ADN a través de una compensación o impuestos. Por consiguiente, el demandado podría acceder a estas facilidades para cubrir el costo de dicha prueba y practicarse. De esta manera, se estaría garantizando en todo momento su identidad del menor y por ende su desarrollo integral. Por lo tanto, el gobierno se encontrará cumpliendo con el deber de fomentar políticas de paternidad responsable.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima, Palestra editores, 2007.
- ARAZAMENDI, Lino. *La investigación Jurídica. Diseño del Proyecto de Investigación y Estructura y Redacción de la Tesis*. Segunda edición. Lima, Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2011.
- ARIANO DEHO, Eugenia. *El nuevo Proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?*. Lima, Gaceta Jurídica - Actualidad Jurídica suplemento mensual N° 134, 2005.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación jurídica*. Lima, Editorial Palestra, 2004.
- CHIOVENDA, Guisepe. *Principios de Derecho Procesal*. Madrid, Tomo II, 1925.
- CHUNGA LLAMOJA, Fermín, CHUMGA CHAVEZ, Carmen y CHUMGA CHAVEZ Lucia. *Los derechos del niño y niña y adolescente*. Lima, Editora Grijley, 2012.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. Buenos Aires, Depalma, 1973.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (Con DIEZ PICAZO y VEGAS). *Derecho procesal introducción*. Segunda edición. Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 2001.
- D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Convención sobre los derechos del niño. Comentada anotada exegéticamente con jurisprudencia nacional y extranjera*. Buenos Aires, Astrea, 2001.

- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Tercera edición. Universidad: Buenos Aires. 2004.
- DUTTO, Ricardo. *El derecho identitario del niño*. Significación y valoración de las pruebas biológicas en Revista Derecho Procesal 2A02-2: Derecho procesal de familia 11, Santa Fe, 2002.
- ETO CRUZ, Gerardo. *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Primera Edición. Lima CARVIL S.A.C, 2008.
- HERRERA, Marisa. *La identidad en serio*. Un debate inconcluso sobre la compulsión de las pruebas biológicas en los juicios de filiación en Revista de Derecho de Familia, N° 2, Lima, 2007.
- IHERING, Rudolph Von. *Del interés en los contratos*. (Trad. Esp. De Adolfo Posada). Buenos Aires, 1947. Véase, con más amplitud, sobre esta cuestión, RUIZ RESA, J.D. “*El concepto de interés en Ihering*”, en Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Granada. N° 3, Granada, 2000.
- FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*. México, Mc Graw Hill, 1997.
- GARCIA TOMA, Víctor. *Derechos fundamentales*. Segunda edición. Arequipa, editorial Adrus, 2013.
- LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Familia*. Barcelona, Bosch, 1982.
- MIZRAHI. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004.
- MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Lima, Temis, 1996.



- MORAL, Soriano. *La justificación racional del Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2002.
- MOSCOL BORRERO, Marco. Tesis elaborada denominado: “*Derecho a la Identidad: ¿Una excepción al principio de la cosa juzgada?: consideraciones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. 00550-2008-PA/TC*”. Universidad de Piura, 2016.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Es inconstitucional obligar al demandado a someterse a la prueba de ADN*. En Legal Express, Año 5, enero, No 49, Lima, 2005.
- PLÁCIDO VILCACHAGU, Álex F. *Filiación y Patria Potestad: en la doctrina y en la jurisprudencia*. Lima, Gaceta Jurídica, 2002.
- PEREZ, Duarte y NOROÑA, Alicia Elena. *En biblioteca Jurídica Virtual*. (En línea) mht/estantería.de.libros. (Consultado el 01-11-2017).
- ROBLES TREJO, Luis y otros. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Editorial Fecatt, Lima, 2012.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento*. Editorial Grijley, Lima, 2001 y ZELAYARAN DURAN, Mauro. *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima, Ediciones Jurídicas, 2007.
- RIVERA, Julio César. *Instituciones de derecho civil*. Parte general, Tomo II. Buenos Aires, 1993.
- RODRÍGUEZ ÁVALOS, Yovar Osven. *Modernos lineamientos de la filiación biológica y la ley que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial*, en Actualidad jurídica, N° 169, Lima, 2007.
- SOKOLICH ALVA, María Isabel. *La Aplicación del Principio del Interés Superior del Niño por el Sistema Judicial Peruano*. Revista Vox Juris.

- TARUFFO, Michele. *Le preclusioni nella riforma del processo civile, en Rivista di diritto processuale*, 1992.
- VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Primera edición. Lima, Editorial y Librería Jurídica Gaceta Jurídica, 2013.
- VALLINES GARCIA, Enrique. *La Preclusión en el Proceso Civil*. Primera edición. Madrid, 2004.
- VERDERA SERVER, Rafael. *Determinación y acreditación de la filiación*. Barcelona, Bosch, 1993.
- ZAMBRİSSI, Eduardo A. *La filiación en la procreación asistida*. Buenos Aires, UCA-EI Derecho, 2004.

## ANEXOS

<b>TEST DE PROPORCIONALIDAD</b>		
<b>PRINCIPIOS</b>	Técnica argumentativa para resolver conflictos de derechos. Permite medir, controlar y determinar.	<b>REGLAS</b>
<b>SUB PRINCIPIOS:</b>	Mandatos de optimización, que tienen una relación de conexión lógica.	Son los mandatos taxativos, se cumplen o no se cumplen (la ley). Se resuelven mediante la interpretación, “subsunción”.
<i>La relación de causalidad, de medio a fin. Exp N° 045-2004-PI/TC. (ff. 38).</i>		
<b>Idoneidad</b>	Analizar si el caso en concreto es adecuado para ser resuelto.	
<i>No debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado. Exp N° 030-2004-AI/TC. (Fj. 6).</i>		
<b>Necesidad</b>	Revisar que no haya o exista otra forma de resolver en caso concreto.	
<i>Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Exp. N° 0030-2004-AI/TC. (ff. 9).</i>		
<b>Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación</b>	Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.	
El TC plantea, con la finalidad de realizar el análisis de proporcionalidad de la manera más óptima, tres criterios. Exp. 030-2004-AI/TC (ff. 9).	1 La comparación entre medios y fines debe orientarse a determinar la intensidad de la limitación	
	2 Cuanto mayor sea la importancia de los intereses perseguidos mejor se podrá justificar una limitación.	
	3 Cuanto más se afecte una intervención a los derechos fundamentales, deban ser más cuidadosamente las razones utilizadas para la justificación.	
<b>DERECHOS DEL DEMANDANTE</b>		<b>DERECHOS DEL DEMANDADO</b>
Derecho a la vida, a la igualdad, a la identidad, a la filiación, a la tutela jurisdiccional efectiva, a la protección integral y a los alimentos.		Derecho a la libertad, a la intimidad, a la integridad y el debido proceso.
Derecho a la dignidad humana		Derecho de la defensa
Principio del Interés Superior del Niño		

TÍTULO: LA SANCION PROCESAL DE LA LEY DE FILIACION DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL Y LA AFECTACION DE PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PERU					
PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES	MARCO TEORICO	METODOLOGÍA
<b>General</b>	<b>General</b>	<b>General</b>	<b>Variables Generales</b>	<b>SUMARIO</b>	<b>TIPO: Enfoque cualitativo:</b> toda vez que se realizara una investigación dogmática
¿En qué medida se <b>afecta</b> el principio de interés superior del niño con la sanción procesal contenida en la ley N° 30628?	<b>Explicar</b> , en qué medida afecta el principio de interés superior del niño con la sanción procesal contenida en la ley N° 30628.	Si afecta, debido a que vencido el plazo legal establecido en la Ley 30628, sin que exista oposición genera declaración judicial de paternidad, afectando el principio de interés superior del niño, garantía constitucional de los derechos fundamentales, consagrada en el Art. 2 Inc. 1 de nuestra Carta Magna.	<u>Variable Independiente</u> Principio de interés superior del niño <b>Indicadores</b> <input type="checkbox"/> Derecho internacional • Protección integral <input type="checkbox"/> Principio garantista  <u>Variable Dependiente</u>	I. La Sanción procesal: Clases  1.1 Preclusión Formal 1.2 Preclusión Material  Limites  1.3 Limites Objetivos 1.4 Limites Subjetivos 1.5 Límites Temporales	<b>NIVEL:</b> DESCRIPTIVO  <b>DISEÑO:</b> NO EXPERIMENTAL LONGITUDINAL  <b>METODOS:</b> Los métodos generales de Investigación a emplearse serán:
<b>Problema Específico</b>	<b>Objetivos Específico</b>	<b>Hipótesis Especifico</b>	La sanción Procesal  <b>Indicadores</b>  Clases  • Preclusión formal • Preclusión material  <b>Limites</b>  <input type="checkbox"/> Limites Objetivos <input type="checkbox"/> Limites Subjetivos • Límites temporales	II. Principio de interés superior del niño 2.1 Derecho internacional 2.2 Protección integral 2.3 Principio garantista	Los métodos específicos a emplear en la investigación serán:  • Método Dogmático: • Método Hermenéutico • Método Exegético • Método de Interpretación Jurídica • Método de la Argumentación Jurídica
¿Cuál es el <b>tratamiento</b> jurídico del proceso de filiación de paternidad extramatrimonial de acuerdo al derecho comparado?  ¿Cuáles son los <b>fundamentos</b> jurídicos para ordenar la comparecencia de grado o fuerza del demandado y hacer efectivo la detención a fin de que se tome la muestra del material genético?	<b>Establecer</b> , el tratamiento jurídico del proceso de filiación de paternidad extramatrimonial de acuerdo al derecho comparado.  <b>Justificar</b> , los fundamentos jurídicos para ordenar la comparecencia de grado o fuerza del demandado y hacer efectivo la detención a fin de que se tome la muestra del material genético.	En el derecho comparado la declaración de paternidad extramatrimonial se establece de acuerdo a un debido proceso judicial, sin establecer una presunción absoluta, con prueba idónea respetando el principio de interés superior del niño.  Los fundamentos jurídicos que sustentan la comparecencia de grado o fuerza del demandado y hacer efectivo la detención a fin de tomar la muestra de material genético son: el derecho de la dignidad, el derecho a la identidad, el derecho del desarrollo integral, el derecho de alimentos, el derecho a la formación y protección integral y el derecho de familia.			<b>TECNICAS E INSTRUMENTOS:</b>  • Fichajes, • Ficha de análisis documental.

