



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO**



FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACION

TITULO:

**“LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y LA
IMPORTANCIA DE LA PRUEBA DE ADN EN LA
LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA”**

TESIS

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR

Bachiller: KEYNES MANDINO DELGADO RIVERA

ASESOR:

DR. TEOFILO ROJAS QUISPE

CHICLAYO- PERU

2018

“LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA DE ADN EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA”

Tesis presentada por el Bachiller Sr. Keynes Mandino Delgado Rivera, a la facultad de Derecho de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogado.

Bachiller: keynes M. Delgado Rivera

Asesor. Dr. Teófilo Rojas Quispe

Aprobado por:

Mg. Lito Becerra Angulo
Presidente

Dr. Erwin Guzmán Quispe Díaz
Secretario

Dr. Eleo Grillo Paico
Vocal

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico a mis Padres, a mis familiares que confiaron en mi persona y también lo dedico a mis profesores de la Universidad Particular de Chiclayo, que con sus sabias experiencias me enseñaron.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a todos mis familiares y amigos que me apoyaron para hacer el presente trabajo de investigación.

En especial a mi padre GABRIEL DELGADO PÉREZ, quien me brindó todo su apoyo; gracias a él soy Profesional.

INDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

INTRODUCCION..... x

ABSTRACT xi

CAPITULO I

EL PROBLEMA.

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA	12
1.2.- SELECCIÓN DEL PROBLEMA.....	13
1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	14
1.4.-JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACIÓN.	14
1.5.- OBJETIVOS.....	15
1.5.1.- OBJETIVOS GENERALES.....	15
1.5.2.- OBJETIVOS ESPECIFICOS:	16
1.6.- HIPÓTESIS.....	16
1.7.- VARIABLES.	16
1.7.1.- Variable independiente	16
1.8.- TIPO DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS	16
1.8.1.- DISEÑO DE EJECUCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	16
Población y muestra.....	16

CAPITULO II

LA FILIACIÓN EXTRA MATRIMONIAL

2.1.- CONCEPTUALIZACIÓN	18
2.2.- LA FILIACIÓN COMO HECHO NATURAL Y COMO HECHO JURÍDICO:	19
2.2.1.- LA FILIACIÓN COMO HECHO NATURAL	19
2.2.2.- LA FILIACIÓN COMO HECHO JURÍDICO	19
2.3.- CLASES DE FILIACIÓN:.....	20
2.3.1.- Filiación Matrimonial:	20

2.3.2.- Filiación Extramatrimonial o Ilegítima:	20
2.3.3.- Filiación Adoptiva:	21
2.4.- FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL A TRAVÉS DE LA PRUEBA GENÉTICA DE ADN.	21
2.5.- MÉTODO PARA PROBAR LA FILIACIÓN.	22
2.6.- NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y GENÉTICAS DE LA FILIACIÓN:	23
2.6.1.- Teoría del Fin Supremo Justicia.	23
2.6.2.- Teoría de los Derechos de la Persona.....	23
2.7.- NEGATIVA JUSTIFICADA:	27
2.8.- NEGATIVA INJUSTIFICADA:	27
2.9.- EFECTOS DE LA NEGATIVA:.....	28
2.10.- VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y GENÉTICAS DE LA FILIACIÓN.....	29
2.11.- EFECTOS JURÍDICOS DE LA FILIACIÓN.....	29

CAPITULO III

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

3.1.- CODIGO CIVIL	32
3.1.1.- EVOLUCION LEGISLATIVA DEL ART. 402° DEL CODIGO CIVIL. -	32
3.2.- LEY Nº 28457.	35
3.3.- DEL DEBIDO PROCESO.....	36
3.4.- LAS NUEVAS TECNOLOGIAS Y SU IMPLICANCIA EN EL DERECHO.....	37
3.4.1. El ADN como prueba irrefutable	37
3.4.2. De la actuación de medios probatorios	38
3.4.3. De la ponderación de Derechos Fundamentales	39

CAPITULO IV

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

4.1.- CARACTERISTICAS DEL PROCESO.....	41
--	----

4.2.- ES UN PROCESO ESPECIAL.....	41
4.2.1.- De los Lineamientos del Proceso:	41
4.3.- LA DEMANDA SE DEBE BASAR EN EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 402º, INCISO 6) DEL CODIGO CIVIL.	43
4.4.- LEGITIMIDAD ACTIVA Y PASIVA.	44
4.5.- DEL JUEZ COMPETENTE	45
4.6.- NATURALEZA DE LA RESOLUCION QUE ADMITE LA DEMANDA.	46
4.7.- DEL DERECHO DE DEFENSA DEL DEMANDADO.	46
4.8.- EXCEPCIONES.....	47
4.9.- LA REALIZACION DE LA PRUEBA DEL ADN, SI BIEN ES NECESARIA, NO ES INELUDIBLE PARA EL RESULTADO DEL PROCESO.....	47
4.9.1.- De la Oposición.....	47
4.9.2.- La no Oposición	48
4.10.- DEL TRÁMITE DE LA PRUEBA DEL ADN.	48
4.10.1.- Costo de la prueba.....	49
4.10.2.- Inversión de la carga de la prueba	50
4.11.- DEL RESULTADO DEL PROCESO.....	51
4.11.1.- DE LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS.	51
4.12.- DE LAS CRITICAS AL PROCESO REGULADO POR LA LEY Nº 28457.	51
4.13.- LA PRETENSIÓN DE FILIACIÓN PREVISTA EN LA LEY 28457 NO SE SUSTENTA EN EL RESULTADO DE LA PRUEBA DE ADN.	52
4.14.- ASPECTOS PROCEDIMENTALES RESPECTO A LA FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL.	53
4.14.1.- DECLARACIÓN JUDICIAL SOBRE EL FONDO SUSTENTADA SOLO EN ACTOS PROCESALES.....	55

CAPITULO V

LA VERDAD BIOLÓGICA Y LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

5.1.- INTRODUCCIÓN.....	57
-------------------------	----

5.2.- LA SOLUCIÓN LEGAL EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984 Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE FILIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.	59
5.3.- EL DERECHO DEL NIÑO, EN LA MEDIDA DE LO POSIBLE, A CONOCER A SUS PADRES, EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.	66
5.4.- EL DERECHO DEL NIÑO A PRESERVARLA IDENTIDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES, EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	74
5.5.- LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA, LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL Y EL DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD FILIATORIA.	77
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES	90
BIBLIOGRAFIA.....	91

INTRODUCCION

Debido a que toda persona tiene derecho a su identidad, la verdad sobre la paternidad genética no puede quedar subordinada a plazos de caducidad. Este criterio debe ser aplicado de modo que ninguna norma, ya sea ésta vigente o pretenda aplicarse de forma ultractiva (como el Código Civil de 1936), pueda desconocer el derecho constitucional a la identidad.

El derecho del niño a conocer a sus padres supone que la determinación de la relación jurídica generada por la procreación, no debe presuponer un emplazamiento familiar referido a la existencia o inexistencia de matrimonio entre los progenitores; esto es, el estado filial deberá encontrar como referencia, sólo la realidad biológica.

La impugnación de paternidad resulta procedente si se solicita dentro del año en el que recién se supo de la existencia del padre biológico, incluso si la hija o hijo ya pasaron la mayoría de edad. De esta manera, se resguarda el derecho a la identidad al tomar en cuenta la fecha efectiva del conocimiento de la paternidad para computar el plazo de impugnación.

El derecho a la identidad del menor es, en algunos casos, superior a las bases del Derecho Civil. Precisamente, atendiendo el interés superior del niño, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema señaló a través de una jurisprudencia que no siempre son aplicables los artículos 396 y 404 del Código que protegen la presunción de paternidad.

ABSTRACT

Because everyone has the right to their identity, the truth about genetic parenting can not be subordinated to expiration periods. This criterion must be applied in such a way that no rule, whether current or intended to be applied in an ultractive way (such as the Civil Code of 1936), may ignore the constitutional right to identity.

The right of the child to know his parents assumes that the determination of the legal relationship generated by procreation should not presuppose a family placement referring to the existence or non-existence of marriage between the parents; That is, the filial state must find, as a reference, only biological reality.

The challenge of paternity is appropriate if requested within the year in which the biological father was only recently learned, even if the daughter or child has passed the majority. In this way, the right to identity is protected by taking into account the effective date of knowledge of the paternity to compute the term of challenge.

The right to the identity of the child is, in some cases, superior to the bases of Civil Law. Precisely in the best interests of the child, the Transitory Civil Chamber of the Supreme Court stated through case law that articles 396 and 404 of the Code protecting the presumption of paternity are not always applicable.

CAPITULO I

EL PROBLEMA

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA

El derecho a la verdadera filiación coincide con el derecho a la identidad, demanda que existan normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es padre, tal dato biológico del individuo se integra con connotaciones adquiridas por éste como un ser social, es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho.

Es derecho del hijo a conocer su verdadera identidad que está por encima del derecho del resguardar su intimidad, y en caso de contraproposición entre ambos derechos el primero necesariamente debe prevalecer, ello por una ponderación de derechos fundamentales en conflicto, ante lo cual se establece que el derecho a la verdadera identidad está por encima del derecho a la intimidad, que únicamente recae en la esfera individual, más el primero tiene un carácter de “orden público”.

Cabe destacar que el conocimiento del origen biológico de la persona es de suma importancia dentro de los aspectos de la identidad personal, debe destacarse que el dato biológico es la identidad de éste y luego requiere desarrollar vida social (lo que en la doctrina se denomina identidad estática, a la primera y dinámica a la segunda).

Ahora, el Estado no es ajeno ni debe serlo a las cuestiones relacionadas con la verdad biológica y la identidad, pues la función de que éste debe realizar resulta ser de ORDEN PUBLICO, como se mencionó anteriormente, tocando el ámbito privado y público, tal es así que el Estado no es indiferente a la realidad, pues en el ordenamiento jurídico contempla aquellos supuestos de filiación matrimonial y extramatrimonial, ante ello establece mecanismos legales y pone en funcionamiento a los Juzgados y Tribunales de Familia, que en si llega a constituir “intromisión al seno familiar con sus respectivas instituciones caritativas y filantrópicas “moralizadoras”, el Estado interviene en la vida familiar, lo cual se manifiesta en muchos aspecto, por ejemplo uno de ellos es en la patria

Potestad, que incluso llega a quitarle a quienes no están en condiciones de tenerla o han incurrido en causal para suspenderla o perderla, incluso; en el caso de la reclamación judicial de paternidad, resulta ser una cuestión de derecho público, por cuanto la sociedad tiene interés en tutelar y hacer efectivo el derecho de los hijos a conocer su propia identidad y la de sus padres, a la comunidad le interesa proteger y garantizar el derecho de un hijo de conocer sus padres.

En tanto el Poder Legislativo, es aquel poder llamado a regular el medio social, ejerciendo la función legislativa, expidiendo instrumentos legales, entre éstos aquellos que conlleve a dilucidar la verdadera identidad del hijo.

1.2.- SELECCIÓN DEL PROBLEMA

En nuestro país se viene observando que no existen leyes que impongan la responsabilidad por los daños causados en las relaciones de familia; razón por la cual se viene negando la posibilidad de reclamar daños emergentes de las relaciones de familia, por ello resulta inquietante el presente estudio de nuestra sociedad actual, si se tiene en cuenta las diversas manifestaciones sociales, así como las limitaciones del mismo, toda vez que en los últimos tiempos se viene operando cambios en el pensamiento social; cambios en la conciencia interno que se manifiestan en exigencias que cada vez va en aumento en el sentido de que, en ningún orden de la vida social, puede admitirse la impunidad de quien viola las leyes o los eternos principios del derecho.

Probablemente en ningún otro ámbito de la vida social, la evolución del pensamiento jurídico es más significativa y sensible que en lo que concierne a la filiación. La mayor parte de las legislaciones contemporáneas –y la nuestra no marca excepción– han dejado atrás las normas que impedían la investigación de la paternidad y ahora se habla incluso de un auténtico derecho a la verdad biológica o a la verdadera filiación, que se condice con el derecho a la identidad y que, en última instancia, exige que la ley no impida y, por el contrario, haga posible que las personas sean tenidas legalmente como hijos de sus padres biológicos.

El reconocimiento de la prevalencia del derecho a la verdad biológica no conduce necesariamente a soluciones pacíficas, sobre todo si están en juego otros derechos de primer orden, como el de la llamada inmutabilidad de la cosa juzgada. Si bien una fuerte corriente doctrinal de inspiración brasileña, ante el conflicto de derechos suscitado, entiende que no puede impedirse el libre acceso a la justicia para el reconocimiento de la filiación, debido a una temporal imposibilidad probatoria, pero también a negligencia en subvencionar la formación de un juicio de certeza para el juzgamiento, se han mostrado más cautos a la hora de aceptar la preterición de la cosa juzgada frente a la prueba genética que se solicita tras la consolidación de aquella, y es que, como ha advertido el autor nacional Enrique Varsi Rospigliosi, se trata de un nuevo supuesto que se viene trabajando en el Derecho Comparado.

1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿En qué medida es determinante para que se dé la filiación extramatrimonial, la importancia de la prueba de ADN en la legislación civil peruana?

1.4.-JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACIÓN.

Muchas son las razones que me han motivado para abordar el presente tema, ponemos como referencia y no otro, porque considero que el derecho de familia ha asistido a una verdadera revolución en materia de responsabilidad, tanto en los países occidentales que responden al common law o al derecho continental europeo, como en los países de tradición musulmana. El tema que se aborda, es sin duda, fundamental en la disciplina que nos ocupa, ya que – a nuestra consideración - la responsabilidad civil, que se encuentra presente en nuestro ordenamiento jurídico, emana del atributo de bilateralidad de la norma, al establecer la obligación del sujeto de acatar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de hechos suscitados a consecuencia de sus propias acciones/omisiones, con afectación negativa en la esfera jurídica de otras personas. En un principio se pensó que el Derecho de Daños era extraño al Derecho de Familia, en la medida en que la relación íntima entre los miembros de la familia impedía a calificar a sus integrantes como

dañadores o dañados. Debía primar en las familias una actitud de recato, silencio u ocultamiento acerca de los daños injustos allí causados. Se debía atender, prioritariamente, "a los intereses superiores de la constitución de una familia y de su estabilidad"; por sobre todo, debía quedar a salvo la dimensión fundamental del amor, de la "pietas familia", piedad o consideración debida entre sus miembros. Ello sin perjuicio de aplicar frente a las conductas antijurídicas las sanciones específicas de ese Derecho.

Consideramos que, ahora como consecuencia de las nuevas concepciones políticas que pretenden culminar con los privilegios personales que caracterizaron a los **Expediente del JUZGADO DE FAMILIA DE CHICLAYO, como referencia al daño irreparable que reciben los hijos que no son reconocidos, por tanto el presente estudio es importante porque trata de ser referente hacia los demás casos de Filiación de los hijos extramatrimoniales que se vienen judicializando en el Poder Judicial.**

Por ello es que proponemos en este trabajo de investigación la incorporación de la Responsabilidad Civil por la omisión al reconocimiento voluntario del hijo en nuestro ordenamiento legal, justamente por los perjuicios que ello acarrea al hijo que como dijimos no tiene por qué cargar con culpas ajenas.

La presente investigación es viable por cuanto no va a tener consecuencias negativas para nadie, al contrario me va a permitir establecer determinados parámetros para elaborar mecanismo eficaces que permitan insertar esta figura de la Responsabilidad Civil en el ámbito del Derecho de Familia dentro de nuestro ordenamiento jurídico y de esta manera se asegure el pago de la correspondiente indemnización por la omisión voluntario del reconocimiento del padre o de la madre del hijo extramatrimonial.

1.5.- OBJETIVOS.

1.5.1.- OBJETIVOS GENERALES

Establecer si la prueba de ADN es fundamental para determinar la filiación extramatrimonial.

1.5.2.- OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Analizar y describir el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial regulado en la norma legal peruana.
- Establecer la manera que se desarrolla el proceso de filiación de paternidad, que se encuentra regulado en la normal legal peruana.
- Analizar la Ley 28457, ley que modifica el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial.
- Establecer aspectos jurídicos de la verdad biológica y la presunción de paternidad extramatrimonial.

1.6.- HIPÓTESIS

Si, la prueba de ADN es fundamental para determinar la filiación extramatrimonial, entonces se determinará la legal protección al niño y su derecho a la identidad en la legislación civil peruana.

1.7.- VARIABLES.

1.7.1.- Variable independiente

- Filiación extramatrimonial

1.7.2.- Variable dependiente.

Prueba de ADN.

1.8.- TIPO DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS

Tipo.- Analítico descriptivo.

1.8.1.- DISEÑO DE EJECUCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Población y muestra

Población.- Distrito judicial de Lambayeque.

Muestra.- Expedientes que se encuentran en ejecución.

Técnicas, instrumentos e informantes:

Técnicas:

Entrevista.- Que se realizará a operadores jurídicos que se encuentran involucrados en el tema de investigación.

Análisis documental.-

Técnicas de fichaje en gabinete.- Utilizadas para acopiar información referente al tema de filiación extramatrimonial que se da a través de la prueba biológica del ADN, su importancia en nuestro medio y como está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, además como se están absolviendo las causas sobre el tema en mención en los órganos jurisdiccionales.

CAPITULO II

LA FILIACIÓN EXTRA MATRIMONIAL

2.1.- CONCEPTUALIZACIÓN

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

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

Así tenemos algunos autores:

FRANCISCO GARCÍA CALDERÓN¹: La Filiación es la descendencia de padres e hijos o bien la calidad que uno tiene de hijo con respecto a otra persona que es su padre o su madre.

HÉCTOR CORNEJO CHÁVEZ²: Señala la Filiación en un sentido genérico, es aquella que vincula a una persona con todos sus antepasados y

¹ GARCÍA CALDERÓN, Francisco, "Diccionario de la Legislación Peruana", Tomo I, Pág.320.

² CORNEJO CHAVEZ, Héctor – "Derecho de Familia Peruano" – Tomo II. Gaceta Jurídica; 9ª Edición. Pág. 547.

descendientes y; en un sentido estricto, aquella que vincula a los padres con sus hijos, la cual denomina paterno - filial.

JAVIER R. PERALTA ANDÍA³: Señala: que los hijos extra matrimoniales tienen acción en contra de quienes considera su padre o su madre, por tanto, la acción investigatoria de la paternidad es la que promueve al hijo para averiguar su filiación por declaración judicial de la misma a fin de establecer no solo el hecho en sí, sino también para posibilitar básicamente el derecho alimentario, el sucesorio y el de llevar sus apellidos.

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

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

2.2.1.- LA FILIACIÓN COMO HECHO NATURAL

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

2.2.2.- LA FILIACIÓN COMO HECHO JURÍDICO

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

³ PERALTA ANDIA, Javier Rolando – "Derecho de Familia en el Código Civil"; Editorial Moreno S.A., 2ª Edición. Enero 1995, Pág. 215.

2.3.- CLASES DE FILIACIÓN:

Tenemos:

2.3.1.- Filiación Matrimonial:

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

Según: **Manuel Albaladejo**⁴, sostiene que la Filiación Matrimonial son los hijos matrimoniales, no los hijos de personas unidas en matrimonio, o que lo estuvieron, aunque después este hubiera acabado por cualquier causa, es el hecho de ser hijos matrimoniales de quienes estuvieron unidos en matrimonio, se sobreentiende que no es para los hijos habidos después de haber cesado el matrimonio, por lo que hace matrimonial es venir del matrimonio”.

2.3.2.- Filiación Extramatrimonial o Ilegítima:

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

⁴ ALBALADEJO, Manuel - "Compendio de Derecho Civil" – Ediciones tráficas -España, cuarta edición, Pág. - 574.

Según: **Javier R. Peralta Andía señala**⁵: "Que los hijos extramatrimoniales tienen acción en contra de quienes considera su padre o su madre, por tanto, la acción investigatoria de la paternidad es la que promueve al hijo para averiguar su filiación por declaración judicial de la misma a fin de establecer no solo el hecho en sí, sino también para posibilitar básicamente el derecho alimentario, el sucesorio y el de llevar sus apellidos.

2.3.3.- Filiación Adoptiva:

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

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

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

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

⁵ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; "Derecho de Familia en el Código Civil", Editorial Moreno S.A., 2ª Edición. Pág. 347.

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

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

2.5.- MÉTODO PARA PROBAR LA FILIACIÓN.

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

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

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

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

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

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

2.6.1.- Teoría del Fin Supremo Justicia.

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

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

2.6.2.- Teoría de los Derechos de la Persona

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

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

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

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

9.1.2. Derecho a la Libertad: *Jurídicamente, la libertad se vincula con el derecho de la autodeterminación y con el derecho a decidir libremente. Se ha determinado, que el derecho que más resulta lesionado con la aplicación de las pruebas biológicas es la libertad personal, en el sentido de que a toda persona le corresponde la facultad de oponerse a la ejecución de aquello sea impuesto sin fundamento legal. Pero sin duda se debe valorar la conducta del sujeto a efectos de proteger los derechos que están en juego, que*

para el caso, la libertad personal' y el derecho a conocer la identidad de su progenitor⁶.

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

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

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

9.1.5. Derecho a la igualdad. Este derecho está relacionado con la libertad y contrapuesto con la

⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique – "Filiación, Derecho y Genética" – Universidad de Lima - Fondo de Cultura Económica 1999., 2ª edición, Pág. 186-

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

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

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

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

que demostrasen una posibilidad de paternidad, fundamentar la declaración de paternidad.

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

2.7.- NEGATIVA JUSTIFICADA:

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

Entre algunos casos de especial consideraciones tenemos:

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

2.8.- NEGATIVA INJUSTIFICADA:

No serán considerados como motivos justos:

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

2.9.- EFECTOS DE LA NEGATIVA:

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

- ✓ **Cuando la madre o el hijo**, de modo injustificado se nieguen a someterse al examen genético, deducimos que de dicha actitud se desprende a un temor a que sea descubierto el verdadero nexo biológico, quedando desestimada la demanda por aquéllos interpuesta. Igualmente, que sea considerado como una causa fehaciente de no paternidad cuando la prueba biológica haya sido ofrecida por el padre como medio de prueba.
- ✓ **Cuando es el padre**, En este caso el criterio dictaminado común y lógico es que el Juez apreciará la negativa del supuesto padre como una conducta encubridora de la filiación demandada, ya que si el imputado como progenitor no lo fuera realmente no evadirla una prueba que tiene por objeto poner de manifiesto la existencia o imposibilidad del vínculo parental.

- ✓ **Cuando es un tercero:** Si es un tercero el que se niega someterse a la prueba biológica (abuelo que se rehúsa al examen para investigar la paternidad de un supuesto nieto) o autorizar su aplicación en una persona bajo su dependencia (adoptante que niega investigación biológica de su hijo legal). En estos casos no podemos deducir ningún tipo de supuesto relacional de filiación.

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

Las pruebas biológicas genéticas de la filiación son pruebas periciales, y como tales deberán ser valoradas. Pues la pericia es un medio de prueba que fue especializado, sólo servía para otorgar al juez elementos de mera convicción. Cabe señalar si un juez o un tribunal admite la prueba de ADN u otra de validez científicamente, su convicción dependerá de la evaluación de diversos factores; la calidad del laboratorio, si la técnica es correcta y calificadamente exacta y aceptada por la comunidad científica, si las muestras pudieron o no estar contaminadas, entre otros⁷.

2.11.- EFECTOS JURÍDICOS DE LA FILIACIÓN

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

⁷ VARSİ ROSPIGLIOSI. Enrique; "filiación, Derecho y Genética"; Editorial Universidad de Lima, Primera Edición lima 1999, Pág. 179.

patria potestad. Además tiene el derecho de sucesión y en consecuencia está sujeto a todas las obligaciones que llevan consigo ese estado de hijo matrimonial o legítimo en materia de patria potestad.

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

Por ejemplo:

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

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

No debemos olvidar que las relaciones de parentesco son múltiples y de diversa naturaleza en el Derecho de Familia, pero de todas estas relaciones la más importante es sin duda la "Filiación", por que como ya lo hemos mencionado anteriormente, es aquella que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendencias , pero lo que nos interesa en relación a este tema es la Filiación Extramatrimonial al cual debemos poner más énfasis ya que a pesar de la igualdad que les confiere el actual Código Civil, así como la Constitución Política del Perú, siempre se hallan en una situación inferior en comparación con los hijos matrimoniales, debido a que la mayoría de los legisladores defienden y amparan la institución del matrimonio.

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

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

CAPITULO III

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

3.1.- CODIGO CIVIL

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

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

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

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la etapa de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un

varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.

4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.

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

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

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

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

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

No hace mucho tiempo atrás, con la dación de la Ley N° 28457 ha sido suprimido el extremo que indicaba: **Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez,**

el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415.

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

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

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

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

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

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

3.2.- LEY N° 28457.

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

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

Pero debe también considerarse algunos elementos esenciales que se desprenden de la aplicación de la presente, los cuales se generan de un indebido emplazamiento –cuyo convalidación conlleva a la automática

paternidad- y un elemento que no se ha discutido debidamente, como es la ponderación entre el derecho de identidad frente al de intimidad.

3.3.- DEL DEBIDO PROCESO

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

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

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

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

La ley antes mencionada no establece supuestos en los cuales el emplazamiento sea defectuoso, por elementos externos al demandado (internamiento hospitalario, internamiento minero, ausencia del país, etc.), quien tampoco puede verse perjudicado ante el inicio, proceso y sentencia de un proceso judicial, el cual traerá consecuencias no solamente jurídicas

sino también sociales, puesto que la filiación de un menor no es netamente legal sino también social, por lo que ante la “laguna del derecho” de la Ley materia de análisis podemos encontrar deficiencias en tal sentido, procediendo a hacer algunas sugerencias al respecto.

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

3.4.1. El ADN como prueba irrefutable

La tecnología del ADN ha logrado inconmensurables avances para la vida humana, no sólo en la prevención y tratamiento de enfermedades, sino que ha solucionado también el ámbito de la administración de justicia, adquiriendo una gran importancia en el proceso civil. Y es que el tema de la investigación biológica de la paternidad y el derecho que esboza, son de por si sugestivos y de gran interés actual por su trascendencia social, humana y jurídica, a lo que debemos sumarle el gran revuelo que han tomado las ciencias biológicas sobre el hombre [2].

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

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

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

“La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN dentro de los 10 días siguientes (...) Si transcurrido los 10 días vencidos del plazo, el oponente no cumpliera con

la realización de la prueba por causal injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad”.

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

El problema principal que vemos es que se podría presentar es el debido emplazamiento al demandado, pues de darse el caso que se presente un indebido emplazamiento o que simplemente se proporcione una dirección domiciliaria inexistente o inexacta, se estaría atentando con una de las garantías de la Administración de Justicia, cual es la del DEBIDO PROCESO, la cual comprende el Derecho de Defensa del demandado, quedando de manifiesto éste en el debido emplazamiento, que no sólo importa tal, sino la posibilidad de citar y hacer valer los medios legales, técnicos y de defensa para los justiciables que prevé nuestro Ordenamiento Jurídico Procesal, lo cual resalta la actualidad del presente ensayo, siendo que la institución de la filiación extramatrimonial se ha visto modificada y reformada en el transcurso de los últimos años por lo cual corresponde su respectivo análisis.

3.4.2. De la actuación de medios probatorios

La ejecución de la prueba del ADN es ineludible, son impertinentes las tachas, los fundamentos de hecho en un escrito de contestación o cualquier otro argumento tendiente a desnaturalizar la efectividad del proceso. La norma indica de manera expresa que el costo de la prueba debe ser asumido por la parte demandante que, como sabemos, en la mayoría de los casos es la madre, quien en le mayoría de los casos es una madre soltera que trabaja, cría y educa, mantiene el hogar y que dinero no le sobra

–al con erario lo corriente es que sus ingresos estén al corriente con sus gastos- a ello, cargarlo con el costo de la prueba del ADN nos parece injusto. En casos especiales deberá pedir auxilio judicial para la defensa de sus intereses, situación que poco puede ayudarla pues debe sufragar la prueba en caso de oposición. La idea no es que el Estado asuma el valor del ADN en casos de indigencia, pero debe darse alguna solución al tema, lo cual nos lleva a pensar ¿por qué no la paga el que se opone?, al final de cuentas es quien está haciendo uso del derecho de defensa a través de su oposición.

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

3.4.3. De la ponderación de Derechos Fundamentales

La persona es un ser absolutamente único, singular e irreplicable con una perfecta unidad de cuerpo y alma, su identidad personal que, como bien nos dice Carlos Fernández Sessarego, es la manera de ser como la persona se realiza en sociedad, con sus atributos y defectos, con sus características y aspiraciones, con su bagaje cultural e ideológico y, como derecho, es aquel que tiene todo sujeto a “ser él mismo”, mostrándose como derecho fundamental de la persona ^[4]. Al analizar la Ley N° 28457, podemos señalar que se da una solución de fondo y de forma. Se declara una paternidad a falta de voluntad expresa, reconociéndose

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

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

exclusivamente la verdad biológica aunque no coincida con la socio afectiva, siendo esto último discutible.

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

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

En razón al derecho a la intimidad, tenemos una posición muy particular, si bien es cierto el derecho a la identidad es un derecho fundamental –los cuales son absolutos, pero admiten restricciones debidamente fundamentadas-, el legislador debe regular mecanismo que salvaguarden la unidad familiar frente a la verdad biológica -en determinados casos-, priorizando acá un principio básico familiar “el interés superior del niño”, dando esta responsabilidad al juzgador quien en ejercicio de su capacidad discrecional cumplirá dicha tarea.

CAPITULO IV

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

4.1.- CARACTERISTICAS DEL PROCESO.

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

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

4.2.- ES UN PROCESO ESPECIAL.

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

4.2.1.- De los Lineamientos del Proceso:

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

1.1.1. Modernidad: Como hemos indicado, se trata de un proceso actualizado de acuerdo a la efectividad de los avances bio-científicos. Su justificación radica en el hecho de que tomando en cuenta el grado de certeza del ADN debiera existir un proceso que utilice y reconozca dicho resultado de manera directa y primaria (no en segundo plano), creando un trámite judicial especial, de por sí innovador.

1.1.2. Proceso sui géneris: Algunos refieren que se trata de un proceso especialísimo, otros de un proceso monitorio en el

entendido que funciona, más que a manera de advertencia, de exigencia en la declaración de paternidad. La realidad es que este proceso cambia todas las reglas de investigación filial presentando un *modelo ejecutivo* de averiguación del estado (decimos ejecutivo en un sentido netamente académico dado que no podemos equivalerlo).

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

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

1.1.3. Acceso a la justicia: Este proceso estimula la canalización de acciones de filiación tomando en cuenta la realidad existente sustentada en trámites judiciales farragosos que desalientan a los litigantes y sus pretensiones de tanta trascendencia. El acceso a la justicia es un derecho fundamental de todo ciudadano y un deber del Estado. Es, el componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva con el que lograremos sociedades más justas y democráticas. Como se indica en su noción, el acceso a la justicia requiere necesariamente mirar más allá de los tribunales", no basta que la ley sea efectiva, es necesario contar con un proceso eficiente que cumpla los objetivos de las normas lo que logra, al menos, facilitar bastante esta nueva ley.

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

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

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

Debemos precisar sin embargo que pese a que la norma parece ser clara, se advierte que ante el despacho de los Juzgados de Paz Letrados, se presentan demandas basadas en supuestos distintos al inciso 6) del Código Civil, requiriendo que ante ello se expida el mandato correspondiente y se apliquen las normas de la ley Nº 28457; y, por otro lado, que existen demandas que pese a estar sustentadas jurídicamente en las disposiciones de la Ley Nº 28457; no se señala dentro de su fundamentación fáctica que la acreditación de la paternidad entre el presunto padre y el hijo, se dé a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza; no ofreciendo tampoco dichas pruebas, sino otros medios probatorios, que no resultan pertinentes en este proceso.

Como se ha dicho, no se puede tramitar ante los Juzgados de Paz Letrados la pretensión de Filiación Extramatrimonial, basada en supuestos distintos al que contiene el inciso 6) del Artículo 402º del Código Civil: Por otro lado, cuando las demandas se basen en dicho supuesto, deben sustentarse fácticamente en que la acreditación de la paternidad entre el presunto padre y el hijo, se dé a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, siendo dicha prueba el único

medio idóneo para el proceso; y, en tal razón, se hace obligatorio su ofrecimiento con la demanda para poder calificarla positivamente, emitir mandato; y, dependiendo de su actuación o no, y, su resultado; establecer las conclusiones que al respecto la ley establece.

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

4.4.- LEGITIMIDAD ACTIVA Y PASIVA.

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

1.2. La legitimidad para obrar activa: La regla general que contempla el Código civil⁸ es que las acciones de paternidad son personales lo que corresponde solo al hijo.

Es éste quien tiene la legitimidad para obrar pudiendo la madre actuar en su representación si el hijo fuera menor de edad. La nueva

⁸Código civil, Artículo 417.- Titular y destinatario de la acción: “La acción que corresponde al hijo en el caso del artículo 415 es personal, se ejercita por medio de su representante legal y se dirige contra el presunto padre o sus herederos. Estos, sin embargo, no tienen que pagar al hijo más de lo que habría recibido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado”

ley permite a "quien tenga legítimo interés" poder accionar en paternidad a favor de un tercero.

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

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

4.5.- DEL JUEZ COMPETENTE

Es competente para conocer los procesos de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial el Juez de Paz Letrado⁹.

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

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

⁹ *Ley N° 28457, Artículo 57°: Los Juzgados de Paz Letrados conocen; inc. 8: De las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402° inciso 6) del Código Civil.*

orígenes. Finalmente, se logra descargar la labor de los jueces especializados en familia.

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

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

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

4.7.- DEL DERECHO DE DEFENSA DEL DEMANDADO.

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

El hecho de que la ley haya previsto la posibilidad de la oposición por parte del emplazado, garantiza su derecho de defensa de éste; y, regula también las consecuencias de su actuación, de los resultados de la misma; y, también el modo de proceder si es que el oponente no cumpliera con la realización de la prueba, pese a que se obligó a la misma. Las consecuencias de ello tienen incidencia directa en el demandado y con el resultado del proceso.

4.8.- EXCEPCIONES

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

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

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

Esto se explica fácilmente del siguiente modo:

4.9.1.- De la Oposición

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

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

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

4.9.2.- La no Oposición

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

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

- Si el emplazado, luego de diez días de haber sido notificado válidamente, no formula oposición o no realiza el reconocimiento ordenado, se decreta la declaración judicial de paternidad; sin que se haya actuado la prueba del ADN.

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

4.10.- DEL TRÁMITE DE LA PRUEBA DEL ADN.

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

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

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

4.10.1.- Costo de la prueba

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

El magistrado puede disponer que el demandado abone dicho pago, siempre que la demandante por su condición de indigente devenga en el proceso con auxilio judicial y no pueda abonarla, lo que constituirá suficiente fundamento para disponer que el

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

4.10.2.- Inversión de la carga de la prueba

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

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

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

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

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

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

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

4.11.- DEL RESULTADO DEL PROCESO.

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

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

4.11.1.- DE LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS.

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

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

Como se había adelantado, a nivel doctrinario e incluso judicial existen posiciones que consideran a la Ley N° 28457 inconstitucional

argumentando esencialmente que se vulnera el derecho de defensa y a un debido proceso del demandado.

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

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

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

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

un elemento para resolver un acto diferente que viene a constituir la oposición del demandado al mandato judicial:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.14.1.- DECLARACIÓN JUDICIAL SOBRE EL FONDO SUSTENTADA SOLO EN ACTOS PROCESALES.

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

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

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

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

CAPITULO V

LA VERDAD BIOLÓGICA Y LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

5.1.- INTRODUCCIÓN

Hace algunas décadas la definición de “padres” era bastante sencilla. Estaban los padres “biológicos”, a veces denominados padres “naturales”, y los padres “psicológicos” o “encargados del cuidado del niño” que eran, por ejemplo, los [padres] que habían adoptado o criado al niño, que le habían brindado la atención necesaria durante su infancia.

Sin embargo, hoy es razonable considerar que, respecto del derecho del niño a conocer a sus padres, la definición de “padres” incluye a los padres genéticos (lo cual es importante para el niño, aunque sólo sea por razones médicas) y a los padres de nacimiento, es decir la madre que da a luz y el padre que reclama la paternidad por la relación que tiene con la madre en el momento del nacimiento (o cualquiera que sea la definición social de padre en la cultura de la que se trate -ya que estas definiciones sociales son importantes para la identidad del niño). Asimismo, lógicamente, debe incluirse una tercera categoría, la de los padres “sociológicos” del niño, los que han cuidado de él durante períodos significativos de su infancia y su niñez, y que de igual forma están íntimamente ligados a la identidad del niño.

Todo ello es producto de la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado internacional de derechos humanos que refleja una nueva perspectiva en torno a la infancia: considerar al niño como individuo y miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades adaptados a la etapa de su desarrollo. A partir de ello, propugna un sistema de protección integral de la niñez.

Sin embargo, de la revisión de las disposiciones del Código Civil e, inclusive, del Código de los Niños y Adolescentes, se comprueba la

existencia de normas que se sustentan en el sistema de la situación irregular, modelo de protección de la infancia superado por la Convención sobre los Derechos del Niño. El caso del Código de los Niños y Adolescentes es especialmente preocupante, sobre todo por tratarse de la norma de desarrollo legislativo nacional de los postulados del citado instrumento internacional. En él se comprueba, de una parte, el desarrollo de los derechos del niño en función del interés de sus padres y demás encargados de su cuidado; y, se aprecian, por otro lado, la existencia de reglas que autorizan una mayor penetración de los órganos jurisdiccionales en la vida familiar usándose como a una supuesta “protección” de los derechos del niño. Esto advierte la poca consideración que el legislador tiene de los conceptos y alcances de los principios rectores que informan el sistema de protección integral de la infancia definido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Respecto de los derechos del niño a conocer a sus padres y a preservar la identidad en sus relaciones familiares, resulta lamentable comprobar su falta de regulación en el Código de los Niños y Adolescentes; conservándose aún, en el Código Civil de 1984, un régimen legal de filiación por naturaleza formulado antes de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Constitución de 1993. Es más, la aludida desconsideración, por parte del legislador, de los principios rectores que informan el sistema de protección integral de la infancia definido en la Convención sobre los Derechos del Niño se presenta, ahora, como una incomprensión por desconocimiento del contenido y alcances de los derechos del niño a conocer a sus padres y a preservar la identidad en sus relaciones familiares. Ello se ve reflejado en las últimas disposiciones legislativas que han modificado el régimen legal de filiación, en las que se conservan aún normas que obstaculizan que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente lo es, dentro de un sistema restrictivo de investigación de la filiación.

Tal es el caso de la Ley 28457 que estableció un procedimiento especial ante los Juzgados de Paz Letrados para la pretensión de reclamación de la

paternidad extramatrimonial sólo cuando se invoca el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, referido a la acreditación del vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza; precisando que, tal regulación, “no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad”.

5.2.- LA SOLUCIÓN LEGAL EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984 Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE FILIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

El artículo 396 del Código Civil de 1984 establece que “el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido impugne la paternidad y obtenga sentencia favorable”.

De esta disposición se concluye que, en el supuesto de surgir una controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada, el actual ordenamiento civil pondera preferentemente la subsistencia de la presunción de paternidad matrimonial a pesar de la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial.

La doctrina nacional ha expuesto los fundamentos de esta solución, que los resumimos de la siguiente manera: a) la acción de impugnación de la paternidad matrimonial corresponde sólo al marido, en consecuencia, su inactividad procesal implica la aceptación de tal paternidad que viene impuesta por la ley; b) la presunción de que las personas casadas cumplen sus deberes conyugales y, por tanto, se supone que el embarazo de una mujer casada es obra de su marido; y, c) el matrimonio es la única fuente de la que surge la familia y requiere protección, por lo que la defensa de la tranquilidad de los hogares requiere de ciertas prohibiciones específicas recogidas por el ordenamiento legal

Pero, tales fundamentos reposan en última instancia en el sistema constitucional de filiación que el legislador del Código Civil de 1984 tuvo presente al momento de diseñar tal régimen legal.

En general, debe apreciarse que todo régimen legal de filiación resulta del juego de los principios favor veritatis, favor legitimitatis y favor filii, todos los cuales están previstos en el sistema constitucional de filiación que se trate; de tal manera que en cada ordenamiento jurídico se organiza un esquema normativo poniendo en juego las reglas y criterios derivados de la coexistencia de aquellos principios. Un análisis de conjunto de las normas del régimen legal puede permitir conocer el criterio o el principio rector que, del sistema constitucional de un determinado país, se ponderó preferentemente.

Así, el régimen de filiación anterior al Código Civil de 1984 se sustentó en los principios del favor legitimitatis y de jerarquía de filiaciones. De la revisión de las disposiciones de los Códigos Civiles de 1852 y de 1936, se concluye que el principio favor legitimitatis importó extender la protección dispensada a la familia matrimonial a favor de los hijos concebidos o nacidos dentro del matrimonio. Por ello, el vínculo filial no siempre podía o debía coincidir con la evidencia biológica, siendo suficiente, a veces, con una determinación meramente formal. De otro lado, por el principio de jerarquía de filiaciones se admitió la existencia de diversas clases de filiación con clara discriminación de la ilegítima en orden a los efectos personales y patrimoniales.

Con el Código Civil de 1984 tal situación sólo varió en cuanto al principio de jerarquía de filiaciones. Éste fue sustituido por el principio de igualdad de categorías de filiación en virtud del cual se reconocen idénticos derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí y pudieran o no el uno casarse con el otro.

¿Cuál fue el sistema constitucional de filiación que el legislador del Código Civil de 1984 tuvo presente al momento de diseñar este régimen legal? La respuesta la encontramos de la revisión de las disposiciones de la Constitución de 1979. En esta Carta Magna, el sistema constitucional de filiación se infería de las previsiones siguientes:

Artículo 2: “Toda persona tiene derecho 2. A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma.
5. Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Artículo 5: “El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación”.

Artículo 6:“El Estado ampara la paternidad responsable.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”.

Dejando constancia que es nuestro el subrayado y resaltado de estas disposiciones, se aprecia que el sistema constitucional de filiación respondió a la concepción de familia de la Constitución de 1979: la familia matrimonial (artículo 4). Ello importó, para el legislador del Código Civil de 1984, ponderar preferentemente el principio favor legitimitatis: extensión de la protección dispensada al matrimonio a favor de los hijos que nacen dentro de él. Por ello, el vínculo filial no siempre podía o debía coincidir con la verdad biológica, siendo suficiente, a veces, con una determinación meramente formal.

Por cierto, que esto no se contradice con el principio de igualdad de derechos de los hijos (principio de igualdad de categorías de filiación), pues éste se refiere a los efectos jurídicos derivados de la filiación ya determinada, ya establecida (artículo 6).

Por otro lado, el sistema constitucional de filiación de la Constitución de 1979 privilegió la intimidad de los progenitores antes que el derecho de los hijos a conocer a sus padres (artículo 2.5). Ello era así, por cuanto en esa Constitución no se reconoció a la identidad como un derecho fundamental.

Además, bajo el influjo del principio de amparo de la paternidad responsable (artículo 6), que no suponía acciones positivas del Estado, no se consideró la existencia de un interés público en la determinación de la paternidad y maternidad; entendiéndose, por el contrario, que en el establecimiento de la filiación sólo concurren intereses privados.

Vale decir que, bajo el sustento del sistema constitucional de filiación de la Constitución de 1979, en el régimen legal Código Civil de 1984 se otorgó protección preferente a la reproducción protagonizada por las parejas estables institucionalizadas por el matrimonio y, por lo mismo, los hijos producidos fuera del matrimonio recibieron un tratamiento jurídico manifiestamente discriminatorio para efectos de determinar su filiación.

Artículo 6: “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables”. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir.

En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”.

Dejando nuevamente constancia que es nuestro el subrayado y resaltado de estas disposiciones, se advierte que el sistema constitucional de filiación responde a la concepción de familia de la Constitución de 1993: la familia es una sola, sin importar su origen que puede ser matrimonial o extramatrimonial (artículos 4 y 5). Ello importa, ahora, relativizar el principio favor legitimitatis: La promoción dispensada al matrimonio ya no impide la investigación de la paternidad o maternidad a fin que el vínculo filial tienda

a coincidir con la verdad biológica (principio favor veritatis); pues no es suficiente una determinación meramente formal.

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

Ello también es así, por el principio de promoción de la paternidad y maternidad responsables (artículo 6) que impone al Estado la obligación de adoptar acciones positivas a fin de afianzar el vínculo filial y destaca la existencia de un interés público, además del interés de los particulares, en esta materia.

Vale decir que, considerando el sistema constitucional de filiación de la Constitución de 1993, ahora se requiere de un nuevo régimen legal que se sustente en los principios del favor veritatis, de igualdad de filiaciones y favor filii. Esta nueva regulación sobre filiación debe buscar favorecer el descubrimiento de la verdad biológica (favor veritatis) para hacer efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos, sin más restricciones que las que se centran en la protección de los intereses del menor (favor filii).

Complementariamente, no se puede omitir mencionar que, entre los tratados internacionales de derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú con posterioridad a la Constitución de 1979, se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño que forma parte del derecho nacional desde 1990; cuyas disposiciones vinculadas con el sistema constitucional de filiación son las siguientes:

Artículo 3

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

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

Artículo 8

1. “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”.

Insistiendo que es nuestro el subrayado y resaltado de estas disposiciones, se comprueba que, en la Convención sobre los Derechos del Niños y en directa alusión al sistema constitucional de filiación, toda persona, en cuanto hijo, tiene derecho a investigar libremente y con la mayor amplitud de pruebas quiénes son o fueron sus padres biológicos; a su vez, una vez determinada la paternidad o la maternidad, toda persona tiene derecho a preservar la identidad de sus relaciones familiares.

Es expreso el reconocimiento al derecho a la identidad filiatoria. Estos derechos del niño a conocer a los padres y a preservar la identidad de sus relaciones familiares constituyen las dos facetas de la identidad filiatoria. Así y desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo (artículo 7 de la Convención); mientras que, desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención).

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

Por cierto que, será el interés superior del niño (artículo 3 de la Convención) el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer en contra de una identidad filiatoria que no se corresponde o puede no corresponderse con aquél.

Descrito el actual marco del sistema constitucional de filiación, resulta evidente que, ahora la controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada, exige buscar una solución que pondere razonable y adecuadamente la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) y la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial (principio favor veritatis), en la que se refleje como consideración primordial el interés superior del hijo (principio favor filii).

Por cierto que, los argumentos expuestos por la Doctrina Nacional como sustento de la previsión del artículo 396 del Código Civil se ven ya superados¹⁵³. En primer lugar, es innegable que el niño tiene un legítimo interés moral en conocer quiénes son sus padres, por estarle ello referido

directamente por la Convención sobre los Derechos del Niño y, toda vez que el ordenamiento jurídico no excluye expresamente la posibilidad de que otras personas con legítimo interés puedan intentar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, resulta claro que tal pretensión puede ser ejercitada por el mismo hijo, sin que ello implique un actuar contrario a ley. En segundo lugar, tampoco obsta la presunción de cumplimiento de los deberes conyugales por parte de las personas casadas, pues ella mantiene su vigencia mientras no se demuestre lo contrario. Precisamente, la probanza del nexo biológico evidenciaría el cumplimiento o no del deber de fidelidad material. Por último, el mandato constitucional de protección de la familia ordena atender no sólo a la que nace de un matrimonio sino también a la que surge de otras convivencias no matrimoniales; siendo así, el argumento de la tranquilidad de los hogares no puede establecerse sobre las bases que se alejen de la defensa y promoción de los derechos humanos. Lo contrario lleva consigo el germen de la discordia, de la alteración de la paz social. Las actuales valoraciones jurídicas le privan de su fuerza de convicción a tales argumentos y exigen afianzar el derecho de toda persona a conocer y preservar su identidad filiatoria, con prescindencia de las circunstancias fácticas en las que se desarrolló el acto procreativo, por la consideración primordial del interés superior del niño.

5.3.- EL DERECHO DEL NIÑO, EN LA MEDIDA DE LO POSIBLE, A CONOCER A SUS PADRES, EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

El derecho del niño a conocer a sus padres aparece expresamente reconocido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño. El sustrato y fundamento histórico de este derecho ha de encontrarse en el largo recorrido que comienza con el individualismo para culminar con la recepción de los ideales ilustrados en el Derecho positivo. Dentro de ese contexto, los siglos XVIII y XIX se caracterizaron con relación a la investigación de la filiación por su desconocimiento y reconocimiento restringido, mientras que el siglo XX se destacó por la incesante búsqueda

de mecanismos legales y científicos tendentes a garantizarla de un modo eficaz.

De ello, se deduce que han sido las ideas ilustradas sobre la dignidad, la libertad y la igualdad las que lo han ido justificando. De este modo el fundamento moral del derecho a la identidad filiatoria se puede encontrar en la idea de dignidad.

Siendo así, el derecho a conocer a los padres supone ante todo la protección del individuo frente a acciones contrarias a su dignidad. Por tanto, en síntesis, es posible afirmar que el interés directamente protegido en este derecho se concreta en un interés o derecho de todas las personas a su identidad biológica, como expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares.

En el marco internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño cristaliza el reconocimiento del derecho a conocer a los padres. En el más reducido ámbito regional americano, ello puede considerarse comprendido en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, también es reconocido y protegido en la Constitución de 1993, como vinculado al derecho a la identidad a que se refiere el artículo 2.1.

No obstante, ninguno de los textos mencionados proporcionan un concepto de lo que haya de entenderse por conocimiento de la filiación ni establecen los criterios necesarios para proceder a definir su contenido esencial. A pesar de ello, es evidente que los mismos no declaran como fundamental un derecho vacío de contenido; al contrario, éste deberá tener un contenido mínimo, susceptible y necesitado de protección.

En ese sentido, el derecho a conocer a los padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad. A partir del mismo, cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial. Cada sujeto podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien biológicamente lo sea, puesto que dispondrá de unos medios que el Derecho pondrá a su alcance -y que son fundamentalmente las acciones de filiación- para rectificar la situación que vive si no está

conforme con ella, es decir, para dejar de estar unido con quien no tiene lazo carnal alguno, o para comenzar a estarlo si legalmente tal unión no consta.

En cuanto a su naturaleza, el derecho a conocer a los padres no sólo es un derecho subjetivo de defensa, sino que es también, por una parte, un derecho que lleva consigo obligaciones positivas a cargo del Estado, y, por otra, un derecho que implica ciertas exigencias institucionales o procedimentales.

De los argumentos doctrinales se desprende que los derechos fundamentales, en su vertiente subjetiva, están pensados también para las relaciones entre particulares y por tanto son oponibles frente a terceros. En esta misma línea se manifiesta el Tribunal Constitucional español al aceptar desde un primer momento la validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, aunque -en ese sistema- sólo quepa recurso de amparo ante un acto de violación o desconocimiento por parte de un poder público.

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

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

Además, también implica que el derecho a conocer a los padres, al igual que cualquier otro derecho fundamental, sólo podrá ser desarrollado mediante ley que en todo caso no afecte su contenido esencial. De ello se desprende que las limitaciones que el legislador pueda imponer al ejercicio de este derecho están a su vez limitadas desde un punto de vista formal y

material.

En cuanto a su delimitación conceptual, en los intentos de concretar el derecho a conocer a los padres, pueden distinguirse al menos dos corrientes: de una parte aquélla que, partiendo de una interpretación restrictiva del término, identifica al conocimiento del origen biológico con el sistema restringido de investigación de la filiación. De otra parte, una segunda vía de interpretación, que podría denominarse amplia, en la que se intenta establecer un contenido autónomo del conocimiento del origen biológico cercano a la idea de dignidad y dentro de un sistema abierto de investigación de la filiación.

La primera concepción, parte del texto positivizado del derecho para estimar que su protección igual se puede lograr dentro de un sistema restrictivo de la investigación de la filiación, desde que en el texto del artículo 7, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño se afirma que el mismo se ejercita “en la medida de lo posible”. De esta manera, se brindaría la debida protección constitucional a este derecho.

Este modo de entender el contenido del derecho a conocer a los padres, restringido exclusivamente a los supuestos autorizados para iniciar la investigación de la filiación, de aparente lógica, si bien resulta del texto de la norma, lleva a un concepto exclusivamente basado en presunciones y, en consecuencia, excesivamente restrictivo respecto del término utilizado.

En todo caso, si se tiene en cuenta que tal tesis se enmarca en una apreciación textual, las principales objeciones que se pueden hacer a este planteamiento radican en el propio método de interpretación utilizado, basado en un criterio exclusivamente literal, y en el trasvase de procedimientos interpretativos propios del Derecho civil al ámbito constitucional. Será necesario, por tanto, comprobar si la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución y la propia teoría de los derechos fundamentales permiten en última instancia esta interpretación del término “en la medida de lo posible”.

Toda interpretación jurídica requiere que los términos sean interpretados según las palabras empleadas en el texto¹⁵⁹. Sin embargo, en esta

concepción se sustituye el significado literal de los términos por la pretendida finalidad buscada con la inclusión de la norma.

Así, y aun reconociendo la complejidad del término identidad biológica y su conexión con el principio de dignidad de la persona y de sus derechos inviolables, se entiende que, tanto por la propia finalidad del precepto como por la específica acogida que estos derechos encuentran en otros artículos, es necesario darle a la expresión “en la medida de lo posible” una proyección más limitada. Con ello debe tenerse presente que, una vez superada la tradicional distinción entre interpretación de la letra de la ley e interpretación de la voluntad del legislador¹⁶⁰, el jurista ha de deducir el significado de la norma de la propia actividad interpretativa en ningún caso a priori. Sólo en aquellos supuestos en los que, una vez concluido el proceso interpretativo, exista una clara y manifiesta contradicción entre la finalidad de la norma y el propio sentido gramatical de los términos, será posible proceder a restringir o ampliar dicho significado.

De acuerdo con ello y respecto a la interpretación del término “en la medida de lo posible” no parece, sin embargo, que se dé la aludida contradicción: las propias discusiones acerca de su expreso reconocimiento¹⁶¹ evidencian que mediante la introducción de este término se pretendía proteger algo más que la identidad biológica del individuo. Junto a ello, una interpretación contextual del término, sustentada en la cercanía entre el reconocimiento del derecho a conocer a los padres, refleja su íntima relación con el principio de dignidad y con los aspectos esenciales de la persona. Se puede afirmar, por tanto, que el reconocimiento del derecho a conocer a los padres implica promover su ejercicio dentro de un sistema de libre investigación de la filiación.

Por otra parte, la utilización de criterios restrictivos en la interpretación del significado y contenido de un derecho fundamental, vulnera claramente el principio *in dubio pro libertate* que requiere, en caso de duda, la opción por una interpretación amplia de los derechos fundamentales. Además, la situación de supremacía de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico, impide que sus términos puedan ser interpretados de acuerdo con

la función que cumplen en normas inferiores, como la del Derecho civil. El método a seguir es el inverso: en primer lugar habrá que delimitar, de acuerdo a los criterios hermenéuticos propios del Derecho constitucional, el concepto y contenido de un derecho fundamental; en segundo lugar, ya en el ámbito del Derecho civil, se procederá en su caso a una restricción del contenido del derecho, acorde con los principios de interpretación propios de esta rama del ordenamiento jurídico.

Además, cabe destacar la concreta relación entre el derecho a conocer a los padres y la dignidad de la persona. Si bien es cierto que en todos y cada uno de los derechos fundamentales se manifiesta un núcleo de existencia humana derivado de la idea de dignidad, existen determinados derechos fundamentales en los que la misma se hace más patente, entre los que se encuentra sin duda el derecho a la verdad biológica.

Al igual que ocurre con el derecho al honor, también procedente de la idea de dignidad pero dotado de un ámbito y contenido propio, se protegen aspectos derivados de la dignidad personal, pero no este valor en sí mismo considerado. La dignidad es un concepto mucho más amplio que puede y suele aplicarse como adjetivo a plurales facetas de la existencia humana. En este sentido, la identidad biológica se la concibe como una sustantivación de la dignidad, porque aquella va referida a la existencia humana.

Sin embargo, ello no quiere decir que el derecho a conocer a los padres carezca de un ámbito y contenido propio. Debe, por tanto, descartarse la posible equiparación entre la dignidad y la identidad biológica. El reconocimiento de la estrecha relación entre ambas -derivada de su conexión con la persona en sí misma considerada-, permite efectuar la delimitación del derecho a la verdad biológica desde la perspectiva de la mencionada relación.

Así, si bien la dignidad se configura como un valor, superior a todos los demás, pero en definitiva un valor que como cualquier otro requiere de una base material, ésta es proporcionada por los derechos inherentes a la

persona, con los que se protegen de forma positiva los distintos aspectos de la dignidad.

De este modo, los derechos inherentes a la persona vendrían a conformar el aspecto estático de la dignidad personal, al delimitar las esferas de acción que el individuo ha de hacer propias dotándolas de un contenido concreto.

Entre estos derechos inherentes ocupa un lugar relevante el derecho a conocer a los padres, que de este modo viene a proporcionar la base material de uno de los aspectos derivados de la dignidad de la persona: la identidad biológica. El referente material mediato del derecho a la identidad biológica vendría a su vez conformado por las necesidades esenciales que se encuentran en la propia existencia del individuo, como elementos básicos para su realización y sin las que no es posible su completo desarrollo como persona.

En este sentido, el derecho a conocer a los padres exige, para su cabal ejercicio, un sistema de libre investigación de la filiación. De acuerdo con ello, identificar la frase “en la medida de lo posible” con una concepción restringida para la investigación de la filiación, resulta contraria a la dignidad humana.

Por lo mismo, las acciones de filiación, como manifestaciones concretas del derecho del niño a conocer a sus padres, participan del mismo carácter imprescriptible e irrenunciable de este derecho; el cual, para su cabal ejercicio, exige abandonar el sistema de causales determinadas para ejercitar tales acciones. Ello es así, desde que se comprueba que la realidad social imperante ha desbordado la previsión legislativa, en aquellos países en los que rige tal sistema; provocando situaciones discriminatorias, por cuanto sólo pueden ejercer tales pretensiones quienes se encuentren incurso en alguna de las causas legales. Para suprimir tales circunstancias indeseables, el sistema de causales indeterminadas rige justamente para que todo supuesto de hecho demostrable fundamente el reclamar o impugnar la filiación matrimonial y no matrimonial.

Siendo así, el cabal ejercicio del derecho del niño a conocer a sus padres supone que la determinación de la relación jurídica generada por la procreación, no debe presuponer un emplazamiento familiar referido a la existencia o inexistencia de matrimonio entre los progenitores; esto es, el estado filial deberá encontrar como referencia, sólo la realidad biológica. No obstante, la frase “en la medida de lo posible” antepuesta al derecho del niño a conocer a los padres advierte las dificultades que pueden presentarse en la realidad, como el desconocimiento de la identidad de los progenitores o el no contar con elementos probatorios que generen convicción; lo que, de hecho, imposibilita el ejercicio del derecho. De acuerdo a ello, debe entenderse que el derecho a conocer a los padres le confiere a cualquier persona la posibilidad de poder desvelar el misterio de su origen, siempre y sin cortapisa alguna, salvo las derivadas, lógicamente, del propio funcionamiento o de la propia dinámica procedimental del medio jurídico empleado. Ello se presente como un límite intrínseco a este derecho.

Como se observa, el derecho a conocer a los padres constituye un derecho fundamental de la infancia, que se sustenta en el reconocimiento de que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño, se confirma su carácter *intuitu personae*, resultando, como se ha expuesto, irrenunciable e imprescriptible.

Sin embargo, cabe subrayar dos puntos adicionales. En primer lugar, el artículo 7 no hace referencia al “interés superior del niño”. La expresión “en la medida de lo posible” parece contener una limitación más estricta y menos subjetiva que la del “interés superior”. Ello podría implicar que el niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres si ello es posible, incluso si se considera que va en contra de su interés. Pero la naturaleza holística de la Convención sugiere que al niño que pudiera resultar claramente perjudicado por conocer la identidad de sus padres no se le debería facilitar dicha información. Esta interpretación se ve respaldada por el hecho que la

expresión “en la medida de lo posible” también se extiende al derecho del niño a ser cuidado por sus padres, y nadie puede argumentar que en ese contexto la expresión no tiene en cuenta el “interés superior del niño”. Pero es evidente que al niño sólo se le puede negar el derecho a saber quiénes son sus padres en su interés superior, cuando las circunstancias que motivan dicha negativa son las más extremas e inequívocas.

En segundo lugar, los artículos 5 (evolución de facultades del niño) y 12 (respeto a las opiniones del niño) de la Convención sobre los Derechos del Niño sugieren que la determinación de lo que es, o no es, el interés superior del niño, en cuanto al conocimiento de sus orígenes, es un problema que pueda plantearse en diferentes etapas de su vida. El interés superior de un niño de seis años en relación con este asunto puede ser muy distinto al interés superior de uno de dieciséis. Estos aspectos deben ser tomados en cuenta al momento de reclamar o impugnar el vínculo paterno filial con el propósito de sentar el conocimiento de quien es el padre o la madre.

Resulta necesario, por último, referir que el derecho a la identidad de origen tiene dos facetas. Una referida a la determinación de la filiación: el derecho a conocer a los padres. Otra vinculada con el mero conocimiento del origen biológico sin determinar el vínculo paterno-filial. Ello se aprecia en los casos del adoptado y del nacido mediante técnicas de fertilización humana asistida.

5.4.- EL DERECHO DEL NIÑO A PRESERVARLA IDENTIDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES, EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

El derecho del niño a conocer a preservar la identidad en sus relaciones familiares aparece expresamente reconocido en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño

El ser humano, según la ciencia, se desarrolla en un proceso continuo, ininterrumpido, abierto en el tiempo. Este proceso se inicia en el instante de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide. Estamos frente al momento de la concepción, que es el del surgimiento de un nuevo ser. “La identidad del nuevo ser humano está dada desde el momento en que los

veintitrés cromosomas del padre se unen a igual número de cromosomas procedentes de la madre. El embrión así formado ya no es ni un óvulo ni un espermatozoide. Se trata de un “nuevo” ser genéticamente diferente a sus progenitores”.

De los aportes de la ciencia, sucintamente expuestos, se deduce que, desde la concepción, el ser humano tiene una determinada identidad, innata, que irá luego desarrollando y enriqueciendo a través de toda su vida, pasando por la infancia, la adolescencia, la juventud y la edad adulta, hasta la muerte.

A la identidad estática, que se hace patente desde el momento inicial de la vida se sumarán luego, en el transcurso del discurrir vital, otros elementos complementarios de la misma. “A los lineamientos genéticamente adquiridos se añadirán dinámicamente, otros elementos que irán modelando una cierta original personalidad

Uno de esos elementos dinámicos es el referido a las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente conocidos quienes son los padres. En consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano.

Siendo así, la identidad en las relaciones familiares reconoce un principio importante: la identidad del niño no consiste únicamente en saber quiénes son sus padres. Conocer a sus hermanos, abuelos y otros parientes puede ser tan importante, o incluso más, para el sentido de identidad.

De otro lado, “preservar” en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño implica tanto la no injerencia en la identidad como la conservación de los documentos relativos a la genealogía y al registro del nacimiento y de aquellos detalles sobre los primeros años del niño que no se puede esperar que recuerde.

Por eso, como una faceta del derecho de todo ser humano a conocer su propia historia, se destaca el derecho a saber quiénes fueron sus padres y,

como consecuencia, a ser criado por ellos y que se establezcan todos los lazos parentales.

Para garantizar todo ello, debe promoverse la determinación de la filiación a partir del principio de igualdad en la responsabilidad paterna, nazcan los hijos dentro o fuera del matrimonio; considerando que, desde el momento en que el hijo es engendrado, nace una filiación biológica y el correspondiente derecho a que en el momento oportuno sea revelada tal filiación biológica, de modo de poder ostentar una filiación jurídica.

Pero, una vez establecida la filiación, surgen las relaciones de cuidado y crianza que corresponde a los padres y, además, las relaciones familiares con los parientes de cada uno de ellos. Siendo así, el derecho a preservar la identidad en las relaciones familiares alude directamente al concepto de “posesión constante de estado de hijo”.

Precisamente, la faceta dinámica de la identidad filiatoria asigna a la posesión de estado el valor que tiene el reconocimiento expreso. Ello es así, desde que la posesión de estado denota fehacientemente el estado aparente de familia que se ostenta respecto del presunto padre o presunta madre: se trata de hechos reveladores del estado aparente de familia que se afirma a través de la invocación de la posesión de estado. Por ejemplo, como acostumbrar a presentar o nombrar a la persona como su hijo, interesarse permanentemente en su salud, asistencia y formación, vigilar sus estudios, asumir públicamente las responsabilidades que pesan sobre los padres, etc. La posesión de estado difícilmente será el resultado de uno o algunos hechos aislados, o producto de circunstancias equívocas desvirtuables por otros hechos que niegan la apariencia paterno-filial.

Cabe precisar que la posesión de estado, no mencionada entre las formas de reconocimiento, no deja de ser un modo de reconocer al hijo, a través de la conducta inequívoca y constante que trasciende en aceptación voluntaria del estado aparente que configura el tractatus. Desde luego que no es el reconocimiento resultante de un acto jurídico familiar que en forma expresa y por escrito tiene por fin inmediato afirmar paternidad o

maternidad, sino que su entidad se infiere aprehendiendo los hechos voluntarios en el tiempo.

Esos hechos, conductas recíprocas entre quien trata a alguien como su hijo públicamente y es a su vez tratado como padre o madre, no tienen seguramente una voluntariedad explícita destinada a producir los efectos del reconocimiento que resulta de declaraciones expresas que, en tal sentido, se pueden hacer en un instrumento público o en un testamento. Pero se le otorga el mismo valor si, por su persistencia, ostensibilidad y reiteración llevan a la convicción del juez de que constituyeron un comportamiento consciente -por ende voluntario-, revelador de un vínculo paterno o materno filial real.

5.5.- LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA, LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL Y EL DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD FILIATORIA.

En general, en la investigación de la filiación por naturaleza están llamados a coexistir dos intereses forzosamente contrapuestos. Normalmente el interés del hijo dirigido a conocer su verdadera filiación, su origen biológico, en definitiva. Y el interés del presunto progenitor, casi siempre opuesto a ello, pues de haber sido favorable habría accedido al reconocimiento. Unas veces por su sólo interés personal, otras veces en aras de proteger su “paz familiar”.

La investigación de la filiación tiene como fin el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y con ello, la superación del formalismo que históricamente ha rodeado esta cuestión. La idea clásica reside en la bondad intrínseca de la legitimación, por cualquier medio, dadas las enormes discriminaciones legales y sociales existentes contra los hijos habidos fuera del matrimonio.

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

anterior. Del establecimiento de la verdad biológica se deriva la relación de filiación y el contenido inherente a la misma (derecho a los apellidos, derecho a alimentos y derechos sucesorios).

De aquí, pues, la investigación de la filiación se presenta como una cuestión prioritaria del hijo en aras del interés en conocer a sus padres.

Se advierte que en materia de filiación hay un conflicto de derechos con pretensiones distintas. Se trata, por tanto, de dilucidar y perfilar los límites de éstos. Para ello, se debe recurrir al test de razonabilidad y proporcionalidad a fin realizar una adecuada ponderación de bienes. “La llamada ponderación de bienes es el método para determinar, en abstracto o en concreto, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien”.

Debe tenerse presente que el criterio de la ponderación de bienes es una consecuencia del convencimiento de que los derechos y libertades no son absolutos.

“No sólo que el ejercicio aislado de cada uno de ellos tiene unos límites claros, sino que, como sucede siempre, suelen entrar habitualmente en conflicto. El ejercicio de uno implica la lesión de un derecho o una libertad fundamental de otra persona. Entonces, he ahí la cuestión: ¿cómo dilucidar cuál de los dos es un ejercicio realmente válido? El conflicto entraría en una vía de solución cuando sea posible justificar la preferencia de uno de los bienes jurídicos en disputa, una vez que se han ponderado las circunstancias concurrentes de cada caso. No hay una “preferencia incondicionada” que derive directamente de la Constitución, sino un mandato a los jueces para que valoren todos los aspectos y datos, sean o no fácticos, de cada recurso, sin proporcionarles puntos de referencia constitucionales”.

Para resolver el conflicto de derechos en materia de filiación, no puede dejar de considerarse que parece obvio que por efecto de la Convención sobre los Derechos del Niño el derecho a conocer a los padres nace

limitado pues del propio tenor literal se desprende únicamente que su ejercicio procede “en la medida de lo posible” (artículo 7, numeral 1). Es decir que el legislador podría regular los casos y requisitos. No puede el legislador evitar o prohibir la investigación de la filiación, pero sí puede limitarla, máxime si se admite que sobre un proceso de esta naturaleza planean derechos fundamentales de la persona contra la que se dirige la acción, como son el derecho a la intimidad personal o, incluso, el derecho a la integridad física de la persona a quien se le imputa el hijo.

De donde se deduce una aparente subordinación del derecho a conocer el propio origen biológico frente a las normas constitucionales que acogen derechos fundamentales.

Sin embargo y como se destacó, la frase “en la medida de lo posible” antepuesta al derecho del niño a conocer a los padres está referida a las dificultades que pueden presentarse en la realidad, como el desconocimiento de la identidad de los progenitores; lo que, de hecho, imposibilita el ejercicio del derecho a la verdad biológica. De acuerdo a ello, debe entenderse que el derecho a conocer a los padres le confiere a cualquier persona la posibilidad de poder desvelar el misterio de su origen, siempre y sin cortapisa alguna, salvo las derivadas, lógicamente, del propio funcionamiento o de la propia dinámica procedimental del medio jurídico empleado.

Interesa ahora analizar la posible determinación de la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada. Ello acontece cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido y, consecuentemente, el hijo mantiene una “posesión constante de estado” que puede o no coincidir con tal verdad biológica.

Resulta evidente que la controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada, exige buscar una solución que pondere razonable y adecuadamente la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) y la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial (principio favor veritatis), en la que se refleje como consideración primordial el interés superior del hijo (principio favor

fili). Precisamente, la solución debe justificarse en el test de razonabilidad y proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional ha expuesto que “por virtud del principio de razonabilidad, se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que ésta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.

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

De otro lado, el presupuesto para la aplicación del principio de proporcionalidad es la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales; de tal manera que la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción

El Tribunal Constitucional ha señalado que el subprincipio de idoneidad “comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél”. Vale

decir, supone determinar si la restricción resulta pertinente o adecuada al fin propuesto.

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

De otra parte, el Tribunal Constitucional ha precisado que el subprincipio de necesidad “consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto es verificar si existen medios alternativos al optado. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios: el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido optar para alcanzar el mismo fin

Igualmente, la limitación propuesta resulta ser necesaria por cuanto una regulación en la que se prepondere la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) no logra proteger tan eficazmente el conocimiento del origen biológico (principio favor veritatis) para la determinación de la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada. No hay, pues, otro modo para determinar el conocimiento del origen biológico en esos casos.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha indicado que, de acuerdo con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, “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, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

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

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

En ese sentido y por la finalidad protectora, se postula la preferencia de la proyección dinámica de la identidad filiatoria cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido y el hijo mantiene una “posesión constante de estado” que coincide con tal verdad biológica.

La admisión en nuestro ordenamiento jurídico del derecho del niño a su identidad filiatoria exige reconocer que tal derecho está conformado, de un lado, por el dato biológico, la procreación del hijo, y, del otro, por el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares. Siendo así, es el interés superior del niño el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer en contra de una identidad filiatoria que no se corresponde o puede no corresponderse con aquél.

El expreso reconocimiento de este derecho determina que se esté frente a un principio rector de todo un sistema jurídico de filiación dotado de plena

eficacia. Con él, hay que olvidar la diversificación de filiaciones en función del matrimonio o no de los padres, los diferentes derechos atribuidos a los nacidos en razón del tipo de filiación asignada, la imposibilidad en muchos casos de entablar un pleito con objeto de llegar a tener conocimiento de los verdaderos progenitores¹⁷⁸. Hay que abrirse a un nuevo orden donde no sólo se produce una variación sustancial y sintomática en la terminología al uso, sino todo un cambio radical en la concepción de la filiación no surgida de matrimonio, y donde, por encima de toda la disciplina jurídica de la filiación: cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial.

Cabe recordar que, en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño debe preferirse una interpretación a favor del interés superior del menor, por ser éste el objeto y fin específico del tratado.

Como ya se explicó, este principio de interpretación es también conocido como el criterio de la primacía de la norma más favorable a las personas protegidas (interpretación pro homine) expresamente en los tratados de derechos humanos. En ese sentido, la interpretación más adecuada de una norma de la Convención será aquella realizada al momento en que la interpretación se lleve a cabo, teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado. En última instancia, toda interpretación debe sustentarse en la dignidad de la persona humana como fuente de toda protección y como valor supremo a partir del cual se desarrolla el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos.

5.6.- LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA Y ARGENTINA.

El tema no ha sido ajeno a nuestros Tribunales. Cuando el padre biológico impugnaba la paternidad matrimonial del marido de la madre para reclamar para sí la paternidad extramatrimonial del hijo, los pronunciamientos no hacían sino confirmar y evidenciar la posición del Código Civil de 1984: estando la madre casada en época de la concepción y no habiendo el

marido, contestado la paternidad matrimonial, resulta improcedente reclamar judicialmente una filiación paterna diferente a la ya determinada por Ley.

Sin embargo, existe un precedente jurisprudencial en el que, sobre la base del control difuso de la constitucionalidad del artículo 396 del Código Civil, se resolvió de manera diferente. Se trata de la demanda interpuesta por don Cesar Enrique Collazos Koo contra doña Nancy Roque Valdivia de Hurtado y don Antonio Modesto Hurtado Maringota sobre impugnación de paternidad matrimonial, sustentada en que el demandante es el padre biológico de la niña I. A. H. R., nacida dentro del matrimonio de los demandados, y no el marido de la madre (Expediente N°2003- 0839-251801-JF01)181.

De la revisión del expediente, se comprueba que la niña I. A. H. R. fue inscrita en el Registro Civil como hija del marido de la madre, sobre la base de la presunción de paternidad matrimonial. De otro lado, también se advierte que las partes se sometieron a la prueba de ADN la que dio por conclusión que don Antonio Modesto Hurtado Maringota no es el padre biológico de la niña I. A. H. R.; sino, por el contrario, el padre es don Cesar Enrique Collazos Koo. Por último, se aprecia que la niña I. A. H. R. vive con su madre en compañía del padre biológico; pero que, por estar registrada como hija del marido de la madre, en sus evaluaciones que se le toma en el Colegio privado “Niño Jesús de Praga” se consigna como Collazos y en otras como Hurtado.

En la sentencia del 29 de noviembre de 2004, la Jueza del Primer Juzgado de Familia del Distrito Judicial del Santa al analizar la constitucionalidad del artículo 396 del Código Civil, concluye que dicha disposición legal no puede ser interpretada conforme a la Constitución pues se trata de una norma que, a partir de una presunción de paternidad que ha quedado destruida por la corroboración del vínculo de paternidad, ya que no es coincidente con la realidad biológica paterna, “obstaculiza a que dicha menor sea tenida legalmente como hija de quien biológicamente lo es, puesto que nuestra norma sustantiva impone que, previamente se debería ejercer la acción

contestataria de impugnación de paternidad por el codemandado don Antonio Modesto Hurtado Maringota como lo disponen los artículos 396 y 404 del Código Civil”; lo que no ha sucedido, en el presente caso.

En consecuencia y advirtiendo que, en el marco actual del sistema constitucional de filiación, el fin constitucionalmente relevante que se persigue es la coincidencia entre el vínculo biológico y el emplazamiento jurídico que se sustenta en ello, la Magistrada señala que “encontrándose en discusión la filiación biológica de la niña, resulta imperiosa la necesidad de que ésta se establezca y la justicia resuelva la incertidumbre generada a fin de que pueda gozar de las garantías que el ordenamiento jurídico le otorga en aras de su seguridad y protección presente y futura; máxime si en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre la otra de rango inferior, y en el presente caso se debe preferir las normas que velan por el derecho del niño a conocer a sus padres biológicos y dejar de aplicar las normas antes referidas que se oponen a esta finalidad, considerando la jerarquía de la norma en la constitucional en el inciso primero artículo segundo de la Constitución Política del Perú; así como instrumentos internacionales y especialmente el de la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo ocho y que se trata de los derechos a la identidad y demás inherentes a una menor de edad, el Juez conjetura la inaplicación del artículo trescientos noventa y seis y cuatrocientos cuatro del Código Civil, artículos que no hacen viable la defensa y protección de la menor”.

Resulta pertinente resaltar que, en el presente caso, se aplicó el artículo ocho de la Convención sobre los Derechos del Niño. Aunque sin hacer referencia expresa a la preservación de la faceta dinámica de la identidad filiatoria de la niña en cuestión, la Jueza parece inferirlo; pues indica que “es necesario proteger la identidad y filiación de la menor I. A. H. R., es decir a conocer y ser reconocida por sus padres biológicos”. Por último, en la adopción de esta solución, el órgano jurisdiccional evidencia la consideración primordial del interés superior del niño del caso que se trata.

No habiendo sido impugnada la referida sentencia, ésta fue remitida en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República; siendo aprobado el control difuso realizado, con la Sentencia en Consulta Nº 370- 2005 CHIMBOTE de fecha 18 de abril de 2005. Igual de interesante resulta ser el precedente del repertorio jurisprudencial argentino denominado caso “L.C.F. por la menor A.M.G. c/ A.C.A.G.P.A. p/ Filiación”.

Se trata de la demanda por impugnación de filiación matrimonial que inició el señor C.F.L., quien solicitó se declara la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil argentino, afirmando ser el padre extramatrimonial de la niña M.G.A, nacida el 26 de enero de 2002, y señalando haber tenido relaciones extramatrimoniales con la señora A.C.G.P.de A., fruto de la cual nació la niña. Precisa haber tenido conversaciones con el marido de la madre quien, no obstante conocer que la menor no es hija suya, terminó por peticionarle que abandone la idea de todo reconocimiento. Fundó la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil argentino en cuanto no legitima al padre biológico para reclamar la impugnación de la paternidad y cuyo texto es el siguiente: “La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. En caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido”.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, en su sentencia del 12 de mayo de 2005, resolvió esta cuestión sentando un trascendental precedente jurisprudencial. De acuerdo a su texto, correspondió a la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci desarrollarlo.

En primer lugar, se precisó que la validez constitucional de algunas normas legales que regulan materia propia del Derecho de Familia puede y debe ser juzgada no sólo en abstracto, sino en concreto; para, después, aludir al precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en su sentencia del 27 de octubre de 1994 recaída en el caso Kroon y otros con los Países Bajos, declaró que la norma interna que impide al padre biológico reconocer a su hijo mientras esa paternidad no sea impugnada por el marido de la madre violaba el derecho a la vida familiar previsto en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Luego de repasar el estado de la cuestión en los precedentes de los Tribunales y las posiciones doctrinarias, la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci expresa su adhesión por la denominada posición ecléctica o intermedia que se resume de la siguiente manera: En materia de legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad del marido de la madre del menor debe distinguirse cuál es la situación familiar de cada caso concreto y, en consecuencia, si el menor goza de posesión de estado respecto a su padre biológico, corresponde otorgarle legitimación para el esclarecimiento de la verdadera paternidad; por el contrario, si el niño es tratado como hijo por el marido de la madre, esa legitimación debe ser negada; cuyos argumentos se resumen en la sentencia, a saber:

1. El efecto del acogimiento de la acción de impugnación es que el niño que se dice hijo del actor no sólo sabrá quién es el padre biológico (derecho a conocer), sino que se extinguirá la anterior filiación y nacerá una nueva.
2. Siendo así, el trato de hijo por el marido de la madre, además de construir la presunción legal, genera el convencimiento de que es beneficioso para el menor que el derecho proteja esa realidad humana, ya que el carácter matrimonial del hijo se encuentra amparado no sólo por una ficción legal de paternidad sino por una situación de hecho que tiene gran peso y beneficio para él.

3. Todo esto implica que determinar si la falta de legitimación para actuar es constitucional o inconstitucional requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso entre las cuales cabe tener especialmente en cuenta: (a) Edad del niño; (b) Conformación del grupo familiar en el que está inserto; (c) Relaciones familiares fácticas previas”.

En el presente caso, la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci resalta los hechos acreditados que evidencian la vida familiar entre el marido de la madre con la niña cuya filiación se reclama. Así, se indica que la niña tiene apenas tres años y está con su madre; y, como lo reconoce el actor, la madre convive con su marido. Siendo que quien es padre, según la normativa civil, ama y cuida a la niña, se precisa que “está fuera de toda duda por los propios dichos del actor que, además de la presunción legal, el marido tiene a su favor, un verdadero estado de padre, al haber asumido todos y cada uno de los deberes derivados de esa filiación jurídica”.

Recurriendo al criterio doctrinario según el cual debe advertirse que “al lado de la biológica existe otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana”, se destaca que la identidad filiatoria “tiene también una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo”; por lo que, “en los casos de posesiones de estado consolidado no tiene por qué prevalecer el elemento biológico afectando una identidad filiatoria que no es su correlato”.

Siendo así, la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci concluye que la legitimación que se pretende, de tener éxito la demanda, desplazaría a esa niña de esa situación de legitimidad y la trasladaría al ámbito de la extramatrimonialidad perdiendo vínculos jurídicos no sólo con quien la cuida y quiere como su hija sino a todo su entorno familiar. Lo contrario, constituiría una injerencia vedada al Estado en la intimidad familiar de una persona en formación, sin priorizarse su interés superior real, no abstracto.

CONCLUSIONES

1. Podemos concluir, que si bien es cierto debe darse un marco legal “que obligue” a los padres a cumplir sus responsabilidades como tal, este debe contener diversos supuestos, que hagan que las partes del proceso puedan hacer efectivos sus derechos, en pos de la verdad material, siendo que la prueba del ADN debe estar al alcance de las partes, quienes deberán asumir con responsabilidad el costo y la actuación de los mismos.
2. La valoración y actuación de la prueba del ADN por el juzgador debe conllevar al beneficio directo del menor, en aplicación al Derecho de Identidad, pero este debe ser ponderado frente a otros derechos del mismo nivel como son: el derecho a la unidad familiar, una estabilidad emocional, la misma que en muchos casos es frustrada por caprichos personales de padres irresponsables en su tiempo, dejando de lado lo más beneficioso al menor.
3. La ley dictada y el procedimiento aprobado, buscan solucionar el problema de la paternidad. Es una solución de fondo y también de forma. Se declara una paternidad a falta de voluntad expresa, reconociéndose exclusivamente la verdad biológica, aunque no coincida con la socioafectiva.
4. 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 denominando el derecho identitario del niño.

RECOMENDACIONES

1. Se debe tener en cuenta que en lo que respecta al derecho a la investigación de la paternidad, su reconocimiento en el derecho comparado es uniforme y cada vez va teniendo mayor trascendencia. “La ley forja el derecho de toda persona de contar jurídicamente con un padre y una madre. A pesar de que la investigación del nexo filial está amparada en normas especiales como el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes (y en algunos países en el Código de familia), su reconocimiento constitucional es imprescindible pues fortalece el principio de protección de la familia”
2. El estado debe apoyar recurriendo a la comunidad económica internacional y ONGs que permitan financiar los gastos que se realizan entre y materiales que se requieren para la realización de la prueba, con la finalidad de que no existan insatisfacciones e injusticias respecto de la filiación.
3. Debemos reflexionar en que No es aceptable “la posición materna de no revelar la identidad del padre y de esa manera negar a este la posibilidad en los primeros años de su vida de tener una identidad plena”. Lo contrario es legitimar una conducta individualista por decir lo poco, egoísta con mayor precisión. Qué duda cabe que el derecho a la identidad del hijo prima sobre la intimidad de la madre.
4. Promover la paternidad responsable desde las escuelas, llevando a cabo estrategias de concientización a fin de que en un futuro poder bajar los niveles estadísticos de procesos de filiación extramatrimonial.

BIBLIOGRAFIA

1. BOSCH, Alejandro F., La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas, La Ley, Buenos Aires, año LXVII, núm. 39, 25 de febrero de 2003, p. 1.
2. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares, En: La familia en el derecho peruano, Lima, PUCP, 1990, p. 197.
3. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Las pruebas heredo-biológicas en la determinación de la paternidad. Tesis para optar el grado académico de Bachiller en Derecho y ciencia política de la Universidad de Lima, junio, 1990, p. 186.
4. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, El proceso de Filiación Extramatrimonial, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 74.
5. CORNEJO CHAVEZ, Héctor – "Derecho de Familia Peruano"; Tomo II, Gaceta Jurídica, Novena Edición, Pág. 547 Junio 1998.
6. PERALTA ANDIA, Javier Rolando – "Derecho de Familia en el Código Civil" Editorial Moreno S.A., segunda Edición-Enero 1995 Pág. 215.
7. BORDA, Guillermo - "Manual de Derecho de Familia" -"Editorial Perrot", Novena Edición – Buenos Aires. Julio 1993.
8. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique – "El Proceso de Filiación Extramatrimonial" – Editorial Gaceta Jurídica – Primera Edición-Lima setiembre 2006; pag, 179. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique – "Filiación, Derecho y Genética" – Universidad de Lima - Fondo de Cultura Económica 1999., Segunda Edición, Pág. 186

9. GARCÍA CALDERÓN, Francisco – "Diccionario de la Legislación Peruana" – Tomo I-Pág.320.
10. ALBALADEJO, Manuel - "Compendio de Derecho Civil" – Editorial Ediciones tráficas -España, cuarta edición, Pág. - 574.
11. DOMINGUEZ PLATAS, Jesús, "Las Acciones de Filiación, Encuadramiento General y Funciones de la Posesión del Estado", Edición Revista de Derecho Privado; editorial Madrid, tomo LXXX pág. 462.
12. MENDEZ COSTA, María Josefa, "Tratado De Derecho Civil", Editorial: la Ley - Buenos Aires, Tomo III, Pág. 1757.
13. LEY N° 28457: Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.
14. CÓDIGO CIVIL; Primera Edición; Actualizada, Sumillada, Concordada – 2008, Editorial Jurista Editores, lima – Perú.
15. CÓDIGO PROCESAL CIVIL; Primera Edición; Actualizada, Sumillada, Concordada – 2008, Editorial Jurista Editores, lima – Perú.

LINCOGRAFIA

1. http://www.mimdes.gob.pe/dgna/derechoalnombre/normas/Ley_filiacion.pdf
2. <http://www.unife.edu.pe/derecho/contenido.html>
3. http://www.cal.org.pe/Archivos/normas_juris/28457.doc
4. <http://blog.pucp.edu.pe/item/23952>
5. <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2252/18.pdf>
6. <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=825>
7. http://www.gacetajuridica.com.pe/arch_consult/admi.pdf
8. http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/eventos/050125_Exposicion_Fernando_Vidal.pdf

9. <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/ni%F1o/d34.htm>
10. <http://www.monografias.com/trabajos29/filiacion-extramatrimonial/filiacion-extramatrimonial.shtml>
11. http://www.consultaslegalesperu.com/filiacion_hijo_extramatrimonial.html
12. <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=216>
13. <http://www.jusdem.org.pe/articulos/1%20El%20fin%20no%20justifica%20los%20medios.Declaracion%20de%20Filiacion%20Extramatrimonial%202.pdf>
14. <http://www.iurisperu.com/2008/05/la-filiacion-extramatrimonial-en-el-per.html>
15. http://www.gacetajuridica.com.pe/informes/arc_coment/Laley28457.pdf