

GACETA
JURIDICA

**EL PROCESO DE FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL**
MODERNO TRATAMIENTO LEGAL
SEGÚN LA LEY N° 28457

PRIMERA EDICIÓN
SETIEMBRE 2006
1,000 Ejemplares

© *Enrique Varsi Rospigliosi*
© *Gaceta Jurídica S.A.*

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2006-8390
LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
ISBN: 9972-208-68-0
REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501220600604

DISEÑO DE TAPA
Armando Ochoa Gamboa
DISEÑO DE INTERIORES
Carlos Abanto León

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA:
☎ 710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

Este libro es producto del Proyecto de
Investigación auspiciado por el Instituto de
Investigación Científica de la Universidad de Lima

*A Fiorella,
por consentirme crecer a su lado
todos estos años vividos,
y por los que nos quedan,
confesándole que esta mi vida es suya,
con todo mi corazón*

Palabras preliminares

Todo autor deja siempre para el final de su trabajo lo que el lector leerá primero: la introducción del libro. Estas páginas escritas por mí, y que tiene usted entre manos, no tienen una introducción propiamente dicha; la verdad, creo, no lo justifica, de ahí que escribimos solo unas palabras preliminares antes que el lector se ahonde en la lectura.

En nuestro medio, y en general en el Derecho Comparado, no todo está escrito, menos terminado, en materia de filiación. Introducirnos al estudio de una institución renaciente con profundas raíces que se remontan a sus orígenes, tan viejos como el hombre, resulta complicado; más aún si sumamos la falta de uniformidad de criterios para solucionar los problemas paterno filiales y las prácticas de procreación asistida que complican más las relaciones personales, familiares y sociales pero, como realidad diaria, merecen un tratamiento especial.

El libro trata de la determinación judicial de la paternidad extramatrimonial, así de concreto y directo, ni más ni menos. Analizamos lo positivo y negativo de la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. Una ley que abrumada por la efectividad del ADN desafía frontalmente la posesión de estado y la filiación social, estableciendo un proceso singular en el que nada vale más que la sindicación de tal persona como progenitor de otra o, sea el caso, el sometimiento a la indagación genética. Quedan atrás, rezagadas, las presunciones de paternidad, los engorrosos juicios y la falta de prueba. Lo que antes era casi un imposible: declarar una paternidad, hoy resulta lo más sencillo (casi al alcance de todos). Pero ¿es eso lo que queremos? Adjudicar un progenitor no resuelve el problema de tantos, pero tantos niños sin padre; la solución ha sido planteada y está vigente.

Estas páginas, no todas pero sí algunas, nos hacen reflexionar, independientemente de mi posición –compartida o no por usted– que cada caso debe ser analizado en la magnitud de su suceso, de lo acontecido en las relaciones humanas. Hay mucho por discutir en adelante. Sea como fuere, y como no se

dieron salidas y nadie asumió el problema de la identidad y la filiación como esencia del derecho de familia, la solución está planteada en este proceso especial de paternidad extramatrimonial, mal que bien. Solo queda su consolidación o, en su caso, reacomodamiento.

Usted evalúe y saque sus conclusiones, pues la filiación biológica es ya una realidad y está en nuestro ordenamiento.

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

CAPÍTULO I
ANTECEDENTES Y GENERALIDADES

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES Y GENERALIDADES

1. ANTECEDENTES

Desde los orígenes del hombre pasando por los estados fundamentales de la evolución humana (salvajismo, barbarie, civilización) primó un derecho materno. La descendencia de la mujer fue siempre identificable (clara, precisa), no así la del hombre⁽¹⁾.

La ley buscó, sin mucho éxito, dar una respuesta a este tema mediante el establecimiento de reglas en materia de filiación. Se plantearon, a lo largo del tiempo, sinnúmero de teorías llamadas a esclarecer los nexos parentales, pero la indefinición siguió latente en cuanto al padre; había que buscarle el sustento real, práctico y efectivo. Situación nada fácil. La maternidad es un hecho; la paternidad, siempre fue mera especulación. El compromiso natural de la mujer, la desaprensión personal del hombre fueron, y son, factores que fijan la relación parental (*El padre y el hijo son dos. La madre y el hijo uno.* LAO - TSE).

**El tratamiento
histórico de la
filiación**

(1) ENGELS, Federic. "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado". Perú Andino. Lima, 1988. Págs. 17, 57, 70, 104 como referencias.

**Los
ovistas**

Cada cultura estableció su posición. Para los Bassari, tribu que vive apartada de la civilización en Fouta Jalon (entre Senegal y Guinea), el niño es exclusivamente “producido” por la madre; el varón solo deposita el esperma, no tiene ningún otro rol específico provocando un acontecimiento en el que, valgan verdades, no participa. Son los inicios de la *teoría ovista*.

**Los
espermetistas**

Hasta el siglo XVI, la generación de la vida estuvo llena de interrogantes, la incertidumbre y perplejidad era lo que reinaba repercutiendo en la definición del parentesco, por obvias razones. A principios de 1500, Leonardo Da Vinci trató en sus bocetos temas de anatomía femenina, masculina y realizó una de las primeras representaciones gráficas del feto humano influenciando en el pensamiento científico renacentista. Luego, los *espermetistas* con su *homúnculo* –“pequeño hombrecito” dentro de cada esperma– sostuvieron que la única contribución de la hembra era proveer el ambiente para el desarrollo del espermatozoide. Es el hombre el que manda en la generación de la vida (tesis planteada antes por Platón que atribuía la generación al macho. También los griegos cuando decían que hacer un hijo es como meter un pan dentro del horno).

**La
pangénesis**

En el siglo XVIII las tesis de los *ovistas* y *espermetistas* eran insostenibles, habían cumplido su función de ilustración, de fines y etapas de la vida no pasaron. Como vanguardia se presenta la teoría de la *pangénesis*, planteando que cada genitor colabora en la descendencia, lo que fue fortalecido por la teoría de la mezcla (*Blending theories*) en el siglo XIX considerando que la progenie es una mezcla (“blend”) de las características de los padres. Mendel, gracias a Dios, tuvo que dilucidar todo esto con el descubrimiento de la transmisibilidad de los caracteres de generación en generación y los inicios de la genética⁽²⁾.

**Las fuentes de la
filiación en Roma
y en el medioevo**

Lo cultural, lo biológico, debe amalgamarse con lo jurídico. Así, se producen cambios, no sé si para mejor; el hecho es que se producen. En Roma la filiación bio-

(2) JACQUARD, Albert. “La leyenda de la vida”. La Olla Gigante. Lima, 1992. Págs. 105 a 131.

lógica era vista de otro modo, como nos lo explicó Rabinovich⁽³⁾, no porque no se diera importancia al dato biológico, sino porque se creía que, mediante los ritos de la adopción y la arrogación, se podía transmutar la sangre (aunque, siguiendo la teoría política de la familia republicana, en la línea de Bonafante, también puede plantearse que el factor biológico fuera realmente irrelevante a este efecto). Otro tanto podría decirse del paradigma medieval, que se retroalimenta en el romano clásico.

Sin embargo, en la era posdarwiniana (y posmendeliana) lo biológico se vuelve supremo. El *nomen, tractus* y *fama* resultan incomprensibles, como restos del pasado. Su razón se debió a la falta de tecnología, cuando en realidad no las motivaba eso, sino la existencia de un paradigma predominantemente abiológico de la filiación. No existían, además, las herramientas y medios para su averiguación. Lo biológico quedaba en un segundo plano, siendo interpretado por un sistema pre-suncional en el que se reconoce al matrimonio y la procreación como elementos claves (lo que la Iglesia llama amor unitivo). La procreación legalmente está garantizada, no así la fornicación.

2. GENERALIDADES

La procreación natural es un acto biológico tan humano que implica la participación conjunta (procrear). Fueron dos quienes engendraron a uno. Ese “uno” necesita conocer a esos “dos”, o a uno de los dos. Mis orígenes, mis padres, mis raíces, nada como sentirse identificado con sus ascendientes, quienes nos dieron “la vida”.

Bosch ilustra esta posición y sostiene que: “La necesidad de conocer de manera precisa sus orígenes, estuvo siempre latente en el hombre, la búsqueda de quie-

**La procreación
como acto
biológico**

(3) Comunicación por correo electrónico del 09 de julio del 2005. Reproducción autorizada por el autor. *Vid.* mayor referencia al respecto en RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. “Derecho Romano”. Astrea. Buenos Aires, 2001.

nes 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⁽⁴⁾. Establecer los vínculos parentales deja de ser un tema personal, propio de cada quien, convirtiéndose en una situación de Estado⁽⁵⁾, en la que debía asegurarse la legitimidad del trono, la corona y el poder.

**La procreación
como institución
*pro filii***

La filiación es un tema recurrente. No falta oportunidad para tratarlo y, sobre todo, para un análisis moderno. Es un problema cotidiano, de siempre, de muchos y tantos más que va en aumento, creciendo de una manera incontenible, más aún en estos últimos tiempos en que la filiación es vista como una institución dirigida a la protección del hijo⁽⁶⁾ dejándose de lado su mero contenido de parentalidad.

**Desarrollo en el
tratamiento de la
investigación de la
paternidad**

La investigación de la paternidad tiene toda una evolución y, aún, no avizoramos su puerto final. Antiguamente no solo fue vedada –desde el punto de vista social– sino que *de iure condendo* la legislación clásica, influenciada por la francesa, limitó y desterró el denominado reconocimiento forzado en aras del respeto al honor del varón y de la integridad de la familia matrimonial que este conformaba⁽⁷⁾.

Por todos conocida, la vergonzosa calificación de los hijos legítimos e ilegítimos, es más, de los naturales

- (4) BOSCH, Alejandro F. “La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas”. En: *La Ley*. Año LXVII, N° 39. Buenos Aires, 25 de febrero de 2003. Pág. 1.
- (5) El mismo autor cita un interesante relato. En la biografía de María Antonieta, S. Zweig dice: “Como la capacidad de engendrar de un Borbón, en cuanto a la sucesión al trono, constituye un asunto de alta política, todas las Cortes extranjeras se mezclan en el asunto del modo más insistente. En los informes de los embajadores de Prusia - Sajonia - Cerdeña se encuentran detalladas exposiciones del delicado asunto, el más celoso de todos ellos, el embajador español, el Conde de Aranda, hasta llega a hacer examinar las sábanas del lecho real por criados sobornados, para seguir del modo más minucioso, la pista posible de todo suceso fisiológico...” (ZWEIG, S. “María Antonieta”. Pág. 16. Ed. J.), *Ibidem*.
- (6) KRASNOW, Adriana Noemí. “La filiación y sus fuentes”. En: *La Ley*. Tomo 2005 A. Sección Doctrina. Buenos Aires. Pág. 1459.
- (7) MIRANDA, Pontes de. “Tratado de Derecho Privado”. Parte especial. Tomo IX. 1ª edición. Bookseller. Campinas, 2000. Págs. 119 y 120.

y los no naturales y de la diversificación de estos últimos, hundía sus raíces en la limitación de los derechos de la descendencia no nacida bajo el manto matrimonial. Mientras más pecaminosa era la relación, la condición de los hijos se rebajaba, corriendo una suerte de *apartheid* legal, en palabras de nuestro historiador jurídico Ramos Núñez⁽⁸⁾.

Lo enredado de su probanza influenció sobremanera en el afianzamiento del sistema presuncional (vestigio romano imperecedero). Luego, la diferenciación va sensibilizándose y se liberalizan los procedimientos de investigación. Aunque algunos aún defienden el sistema dispar de la filiación, sobre todo los conservadores⁽⁹⁾, existe una fuerte y marcada tendencia a un tratamiento unívoco de la filiación que no distingue entre la matrimonial y la extramatrimonial⁽¹⁰⁾, como es el caso del sistema brasilero (artículos 1591 y ss. del Código Civil) y el de Québec que expresamente señala que todos los menores con filiación establecida tienen los mismos derechos y obligaciones, sin importar las circunstancias de su nacimiento (artículo 522), y la filiación paterna y materna está dada por el nacimiento, sin importar las circunstancias de nacimiento del menor (artículo 523).

A la fecha, el tema no es del todo claro por la indefinición de las normas. Mañana, tengámoslo por seguro, será la complejidad de las relaciones procreativas la que oriente una nueva formulación en los vínculos paterno filiales. La filiación es sinónimo de incertidumbre a pesar de que la genética nos brinda una solución para su esclarecimiento.

**La nueva
tendencia en la
determinación
filial. De su
certeza a la
incertidumbre y
viceversa**

(8) RAMOS NÚÑEZ, Carlos. "Historia del Derecho Civil peruano". Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001. Pág. 288.

(9) Es el caso del criterio conservador del profesor chileno CORRAL TANCANI, Hernán. "Derecho y derechos de familia". Grijley. Lima, 2005. Pág. 206.

(10) SESTA, Michele. "Derecho de Familia italiano. ¿Hacia nuevas transformaciones?". En: *Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963-2003*. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2003. Pág. 56.

**La tradición
jurídica de la
familia frente a la
nueva filiación**

Tal como se presenta la relación filial, como institución esencial del Derecho de Familia, su estudio tiene un corte crítico que busca la modernización de sus normas. Es difícil aceptarlo, pero la renovación del sistema no es fácil; implica en gran medida remecer los cimientos de la familia tradicional, echar por la borda varios siglos de tradición jurídica, de doctrinas que en algún momento fueron vanguardistas y que hoy son historia, casi consideradas leyendas, grandes obras de la mitología jurídica.

**La reforma de la
filiación en el
sistema peruano**

Diversos factores impulsaron la reforma de la filiación en el Código Civil peruano. Lo normado en su oportunidad, más que obsoleto y mantenido por tanto tiempo vigente representa una muestra de lo poco efectivo y anacrónico de muchas instituciones privadas⁽¹¹⁾. Años de trabajo en la formulación de sinnúmero de proyectos de ley en materia filial, la velada esperanza de que la jurisprudencia sobre temas de familia tome un nuevo rumbo en pro de la filiación, los procesos de paternidad incrementándose día a día, sin encontrar solución, generaron como consecuencia lógica y necesaria que el 8 de enero del 2005 se dictara la Ley N° 28457 que aprueba un proceso especial para investigar la paternidad extramatrimonial. La nueva normatividad va de la mano con la urgente actualización que requieren nuestras leyes en materia de procreática y genómica, descubrimientos que conducen a la necesidad de generar principios y preceptos jurídicos claros a las nuevas problemáticas⁽¹²⁾.

(11) Refiere De Trazegnies: "... este Código [de 1984] que tenía a su cargo la regulación del tejido de las relaciones fundamentales entre los hombres, que constituía la trama de la vida social, tiende actualmente a quedar arrinconado y a tratar aspectos muy puntuales y casi domésticos", es más, como concluye, recientemente ha comenzado a perder vigencia incluso en estos aspectos. *Vid.* DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "El caso contra el Derecho Civil: críticas, estrategias, perspectivas". En: *Homenaje a Max Arias Schreiber*. Academia Peruana de Derecho. Gaceta Jurídica. Lima, 2005. Pág. 111.

(12) Al respecto *cfr.* BETERO, Sergio Manuel. "El descubrimiento del genoma humano. Su impacto en el Derecho". En: *La Ley. Actualidad*. Año LXIX, N° 131. Buenos Aires, 7 de julio de 2005. Pág. 3.

La filiación ameritaba ser analizada y regulada con un criterio real, con una tendencia vanguardista propia del pensamiento posmoderno⁽¹³⁾. Debía validarse la realidad frente a la formalidad; claro, sin aplastar la esencia de su contenido. Lo que no podía seguir sucediendo es dar la espalda al tecnicismo que es una herramienta maestra en los actuales problemas de orden filial, sobre todo los extramatrimoniales que entrañan “uno de los problemas más ardorosos en los más variados planos del pensamiento humano que impone la biología en la naturaleza humana”⁽¹⁴⁾.

**Primer análisis
biologista de la
filiación**

-
- (13) Mayor detalle y explicación de la estructura del posmodernismo jurídico y del impacto de la modernidad en las relaciones humanas y sociales *Vid.* GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “O pós-modernismo”. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 2005.
- (14) *Vid.* prólogo de Enrique Díaz De Guijarro a la obra de TERÁN LOMAS, Roberto A. M. “Los hijos extramatrimoniales”. Tipografía Editora. Buenos Aires, 1954. Págs. XI y XII. *Cit.* MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. “Instituciones de Derecho Civil”. Tomo III. Derecho de Familia. Porrúa. México, 1988. Pág. 459.

CAPÍTULO II

DEL PROCESO DE FILIACIÓN

CAPÍTULO II

DEL PROCESO DE FILIACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La determinación de la paternidad consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándosele a su fundamento natural: la procreación. Se presenta, entonces, como la constatación jurídica de la paternidad biológica⁽¹⁾ lo que consagra su esencia basada en el interés social y el orden público.

Los procesos de filiación han merecido criterios variados en cuanto a su trámite y contenido, sea consagrando legislativamente las pruebas genéticas o, en su caso, dejando al arbitrio del juez los resultados. Como era de esperarse, la pericia de paternidad ganó terreno, sus resultados marcaron una pauta precisa, indispensable, siendo la valoración del juez referencial al momento de emitir sentencia.

La moderna doctrina especializada considera que “el juicio de filiación hoy en día es netamente pericial”⁽²⁾ en virtud de que los lazos biológicos familiares que lo sustentan son irrefutables. Merece un estudio serio y

**La determinación
paternal como
constatación
jurídica de su
aspecto biológico**

**Filiación,
pericia y proceso**

(1) VERDERA SERVER, Rafael. “Determinación y acreditación de la filiación”. Bosch, Barcelona, 1993. Pág. 16.

(2) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D’ANTONIO, Daniel Hugo. “Derecho de Familia”. Tomo III. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. Pág. 124.

pormenorizado, en el que no pueden faltar los *test* biológicos de rigor.

Como señalamos anteriormente, el sector tradicional sostiene que “es dable aclarar que este no es un juicio de peritos, sino una acción que el juez resolverá según las reglas de la sana crítica; valiéndose de esos peritajes como auxiliares de su labor. De lo contrario, sería más fácil, más rápido y económico dejar que los peritos dicten sentencias de filiación”⁽³⁾. Dos criterios marcados, el primero no con la contundencia del caso pero sí en el fondo, asumido por la ley peruana en materia de paternidad extramatrimonial.

**El tecnicismo
pericial del
proceso de
filiación**

Siguiendo esta posición, la norma nos ofrece, justamente, un proceso sustentado en los resultados periciales cuya fuerza, contundencia y exactitud generan una convicción plena en el juzgador.

La jurisprudencia comparada reconoce, citamos una colombiana, que: “Cuando el dictamen pericial aparece fundado en principios científicos y técnicos inobjetable y no existe otra prueba que la desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos de este tipo de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquella”⁽⁴⁾. Siguiendo este razonamiento, el proceso propuesto es ágil, moderno, sui generis creado para dar solución al problema social de la paternidad extramatrimonial, dejando para otros casos los juicios comunes, ventilados en procesos de conocimiento. Las características que presenta este proceso marcan la pauta de especialidad de cómo se enfrentará el problema social de la paternidad no reconocida.

**Originalidad
nacional**

Este proceso es producto peruano. Es una creación del sistema, con algunas referencias en el Derecho com-

- (3) DI LELLA, Pedro. “Paternidad y pruebas biológicas”. Depalma. Buenos Aires, 1977. Págs. 46 y sgtes. Este argumento fue seguido por CASTRO, Verónica Adriana y DIANA, María José. “La negativa a someterse a las pruebas biológicas en las acciones de filiación”. En: *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Rosario, 2003. Libro de ponencias. Tomo II. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. Págs. 82 y 83.
- (4) BUENO RINCÓN, Fabio Enrique. “La investigación de la filiación y las pruebas biológicas”. 2ª edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Colombia, 1996. Pág. 204.

parado, en específico del proceso monitorio, que si bien trata de aspectos patrimoniales la fuerza del compromiso entre las partes conlleva que sea resuelto judicialmente (detalles más adelante). Se llega a crear *aliquid novum*, algo verdaderamente nuevo y original en materia procesal en defensa de uno de los derechos sustantivos más humanos que existen, la identidad.

Es un proceso especial *ex code*, no tratado en el Código Procesal Civil⁽⁵⁾. Ninguno de los procesos del Código cumplían con satisfacer adecuadamente la pretensión de paternidad y la fuerza probatoria del ADN. Este vacío legal fue subsanado mediante la promulgación de la ley analizada. Es decir, el legislador optó, preferentemente, por dictar una ley en vez de modificar el Código Procesal Civil, produciéndose el denominado fenómeno de la *descodificación*. Esta situación no es mala política legislativa, por el contrario, se trata de leyes concebidas al margen del Código Procesal y del Código Civil que cuentan con la misma sistemática, buscando complementar eficazmente sus deficiencias y vacíos.

El fundamento de este proceso de paternidad justifica su diseño procedimental especial, economizando al máximo la labor de las partes, dejando a la ciencia sustentar las pretensiones.

**La descodificación
de la norma
procesal civil**

**Proceso
científico
y especial**

2. CARACTERÍSTICAS

El proceso, como queda expresado, es especial, sui géneris. Su singularidad está representada en un conjunto de características que lo connotan, otorgándole un nivel diferenciador de los demás procesos. Entre las características del nuevo proceso de paternidad extramatrimonial tenemos:

**Aspectos
típicos**

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

2.1. Juez competente

Competencia del juez de paz

Es competente para conocer los procesos de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial, el juez de paz letrado.

La simplicidad del proceso y el avocamiento del juez de paz

La propuesta se sustentó en que no existiendo mayor complejidad en la probanza en el nuevo proceso, sino únicamente fallar en base al resultado genético, la actividad del juez es mínima por lo que se consideró que esta labor podía ser realizada por el juez de paz letrado.

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 e ideológicas. La filiación es un tema tan de la vida que este juez es el más idóneo para conocerlo. A través de este proceso y de su canalización en esta competencia se busca una cultura de paz en la medida que se trata de prevenir conflictos personales y sociales, todos en general, desde sus orígenes⁽⁶⁾. Finalmente, se logra descargar la labor de los jueces especializados en familia.

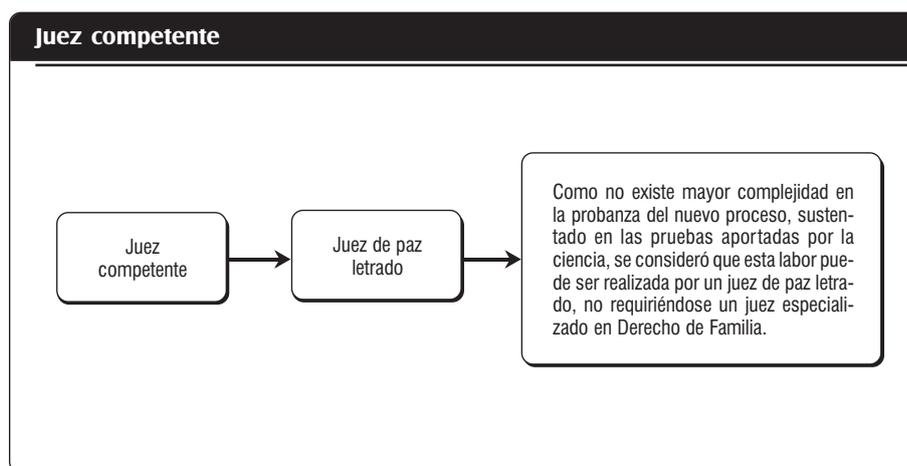
El acceso a la justicia y el límite a la casación

Como siempre, con su agudo y sustancioso análisis, la procesalista Ariano Deho alude que: “Es muy probable que se le haya atribuido la competencia al juez de paz letrado por el noble argumento de ‘facilitar el acceso’ y el, no tan noble, de ‘evitar la casación’, es decir, para que el asunto muera en línea de tendencia ante el propio juez de paz letrado o, a lo más, ante el juez de familia (artículo 5) sin perturbar ni un poco con estas cuestiones ni a las Salas de la Corte Superior ni, por cierto, a las Salas de la Corte Suprema. *Ergo*, por implícito, el legislador descarta que este tema pueda dar lugar a problemas de ‘nomofilaquia’ que precise de la intervención de la Corte Suprema. Lo que es todo decir”⁽⁷⁾.

(6) Vid. Sobre justicia y la cultura de paz el Capítulo I de GUERRA CERRÓN, María Elena. “Hacia una justicia de paz. Un asunto de interés nacional”. Grijley, Lima, 2005. Págs. 1 a 12.

(7) ARIANO DEHO, Eugenia. “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 134. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2005. Pág. 65.

La verdad, tiene razón, y en este caso bastan las palabras de la citada. La filiación como tal y con las pruebas aportadas por la ciencia, puede ser tratada perfectamente por el juez de paz, además requiere de un proceso ágil y rápido.



2.2. Titular de la acción

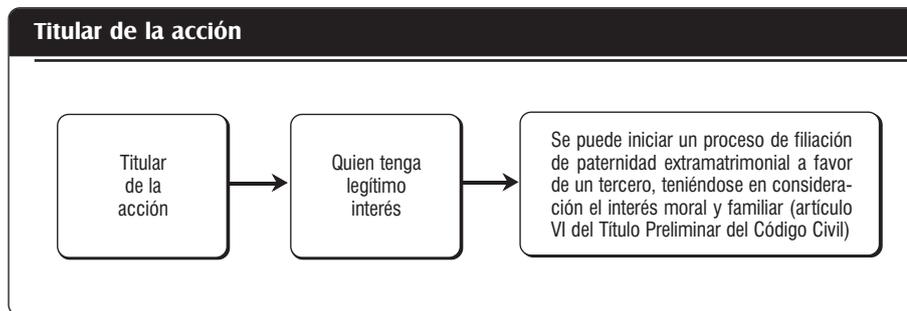
La regla general que contempla el Código Civil es que las acciones de paternidad son personales. El artículo 407 establece que la acción judicial de paternidad extramatrimonial corresponde “solo” al hijo. Es este quien tiene la legitimidad para obrar⁽⁸⁾ pudiendo la madre actuar en su representación si el hijo fuera menor de edad. La nueva ley permite a “quien tenga legítimo interés” poder accionar por paternidad a favor de un tercero.

Este es un cambio importante en el que se toma en cuenta el interés moral o familiar (artículo VI del Título Preliminar del Código Civil) para iniciar la acción. Puede

El legítimo interés como institución que amplía los titulares de la acción, teniendo en cuenta el interés del niño

(8) Cfr. LASTARRIA RAMOS, Edgard. “Titulares de la acción”. En: *Código Civil comentado*. Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima, 2003. Pág. 48.

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.



2.3. De los lineamientos del proceso

El proceso aprobado está estructurado sobre la base de los siguientes lineamientos:

Receptividad de la modernidad del proceso

- **Modernidad.** Como hemos indicado, se trata de un proceso actualizado de acuerdo a la efectividad de los avances biocientíficos. Su justificación radica en el hecho de que tomando en cuenta el grado de certeza del ADN⁽⁹⁾ 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.

Especialísimo, monitorio, ejecutivo

- **Proceso sui generis.** Algunos refieren que se trata de un proceso *especialísimo*⁽¹⁰⁾, otros de un proceso *monitorio*⁽¹¹⁾ en el entendido de que funciona,

(9) El carácter científico, el grado de efectividad y certeza de la prueba de ADN es reconocida en la jurisprudencia local desde hace un buen tiempo: Exp. N° 316-88-Lima; Exp. N° 3114-96-Lima; Exp. N° 542-97-Lima; solo por citar tres casos pero, ojo, no necesariamente los más remotos.

(10) Vid. SUÁREZ VARGAS, Luis. "El 'especialísimo' proceso de filiación". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, Año 2, N° 33, Lima, 15 de febrero de 2005. Pág. 3.

(11) Martel Chang explica: "Para tramitar la pretensión de filiación por paternidad extramatrimonial se ha dejado el proceso ordinario (de conocimiento) y se ha adoptado el proceso monitorio puro,

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⁽¹²⁾ de averiguación del estado (decimos *ejecutivo* en un sentido netamente académico dado que no podemos equivalerlo⁽¹³⁾).

- **Proceso basado en la efectividad del ADN.** 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), desbaratando 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.

**Proceso
estructurado sobre
la base del ADN**

donde el dicho de la parte demandante es suficiente para obtener decisión favorable, salvo que el resultado de la prueba del ADN le resulte adverso”. MARTEL CHANG, Rolando. “Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 138. Gaceta Jurídica. Lima, mayo de 2005. Pág. 70. En igual norte Ariano Deho manifiesta que: “(...) el legislador en aras de la ‘agilidad’ procesal ha optado por consagrar un *sui generis* procedimiento con *estructura monitoria*, vale decir, un procedimiento cuya primera fase tiene la estructura invertida respecto a un normal proceso declarativo, en cuanto la promoción del contradictorio es dejada a la iniciativa del ‘emplazamiento’, el que, si quiere, podrá promoverlo justamente oponiéndose. Resulta (por decir lo menos) insólito que se haya establecido un procedimiento monitorio en relación a situaciones jurídicas indisponibles como son los *status*”. ARIANO DEHO, Eugenia. *Op. cit.* Pág. 66.

Para mayor detalle del proceso monitorio, el profesor español Hinojosa Segovia reseña que: “El proceso monitorio se configura como un proceso especial particularmente rápido que tiene por objeto la creación de un título de ejecución” (HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. “El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. En: *Revista de Derecho Procesal. Dirigida a Iberoamérica*, N° 1-3. Madrid, 2001. Pág. 301). En términos prácticos este proceso se inicia con un sencillo escrito acompañado de un documento que contiene una deuda pero que carece de mérito ejecutivo. Su existencia es muy antigua (Italia, siglo XIV) y constituye un medio procesal eficaz para proteger el crédito y agilizar el tráfico mercantil.

- (12) Con criterio similar Rodríguez Domínguez dice: “Estando al texto de la norma, a este proceso, que por su naturaleza es de conocimiento, se le está dando el trámite de proceso ejecutivo”, *Cfr.* RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito. “Manual de Derecho Procesal Civil”. 6ª edición. Grijley. Lima, 2004. Pág. 402.
- (13) “CUARTO.- Este proceso *no se equipara a un proceso ejecutivo*, ni a ningún proceso de los previstos en el Código Procesal Civil, por su naturaleza especial”. Acuerdo por unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de junio de 2005 (las cursivas son nuestras).

Esta tendencia es adoptada en la jurisprudencia comparada que plantea el carácter imprescindible de la prueba genética en los procesos de filiación. Conforme lo sostiene el criterio judicial brasileño, “debe tomarse en cuenta que la identificación genética por ADN es un valiosísimo recurso para una administración de justicia rápida y justa, que posibilita una considerable economía de tiempo y dinero” (Ac. 1ª Câmara Cível. TJSC - Ap. Cív. N.º 36.643 - Anchieta - Relator Desembargador Napoleão Amarante - Pub. DJSC de 27.09.1991 - p.12)⁽¹⁴⁾.

La simplicidad del proceso como medio de acceso

- **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”⁽¹⁵⁾, 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.

La acción inquisitoria de paternidad

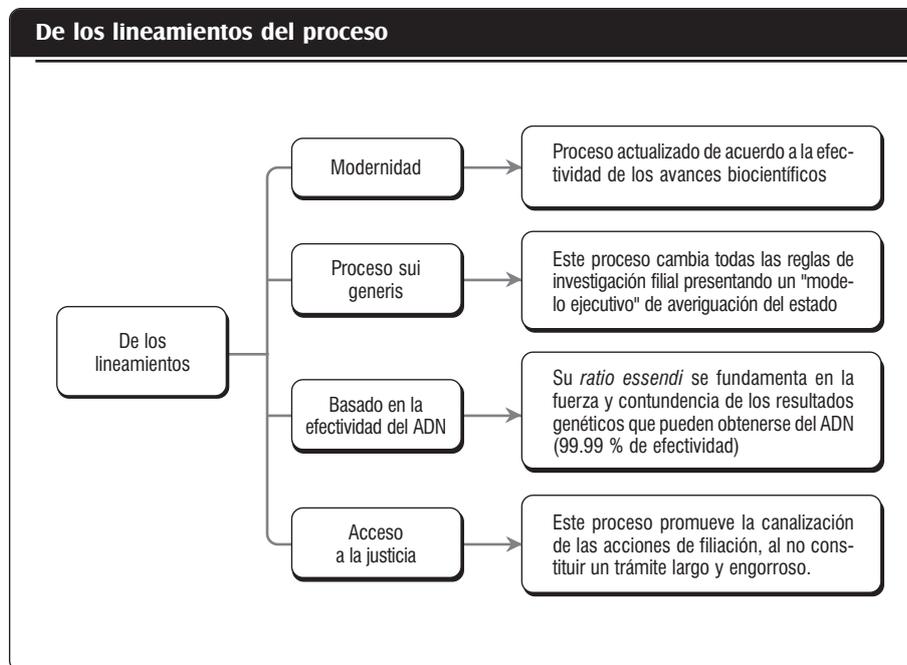
La ley y el proceso aprobado tratan de una acción de inquisición de paternidad, como la llaman en Venezuela⁽¹⁶⁾, tomando en consideración lo delicado de su probanza, la exigencia en su determinación (según el

(14) BAHENA, Marcos. “Investigando a paternidade”. Editora de Direito. São Paulo, 1998. Pág. 99. Cit. por FONSECA, João Maurício Cavalcanti Gomes da: “Da possibilidade da coerção ao exame de DNA na investigação de paternidade”. En: *Jus Navigandi*, N.º 112, 24 de octubre de 2003, disponible en: <http://www.jus.com.br>. Acceso el 30 de mayo de 2005.

(15) FERRANDINO, Álvaro. “Acceso a la justicia”. En: PÁSARA, Luis (compilador): *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. Consorcio Justicia Viva. Lima, 2004. Pág. 379.

(16) VELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. “Lecciones de Derecho de Familia”. 11ª edición ampliada y puesta al día. Vadell Hermanos. Caracas, 2002. Pág. 389.

Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, el término “inquisición” significa indagar, averiguar o examinar cuidadosamente algo, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición). Asimismo, de una acción intimatoria de paternidad, denominación que preferimos asumir (según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, el término “intimar” significa requerir, exigir el cumplimiento de algo, especialmente con autoridad o fuerza para obligar a hacerlo, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición).

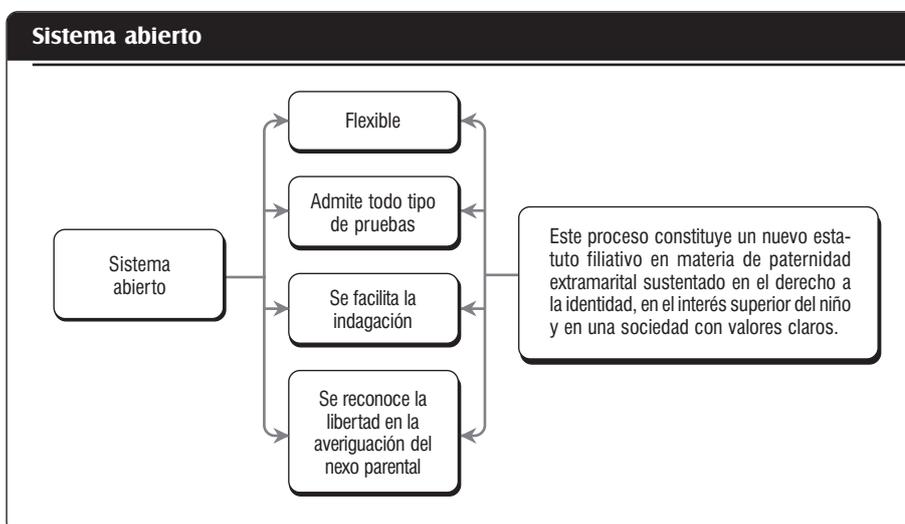


2.4. Sistema abierto

Todas las características detalladas nos llevan a sostener que el sistema de investigación de la paternidad extramatrimonial asumido es uno de tipo abierto. No solo porque es flexible y admite todo tipo de pruebas, sino porque, fundamentalmente, el aspecto biológico es el que marca el norte. Se facilita la indagación, se reconoce la libertad en la averiguación del nexo parental, sin restricciones, quedando descartadas las posi-

Principio de libertad en la investigación paterna

ciones basadas en los desaires, ofensas y escándalos que con este accionar puedan producirse⁽¹⁷⁾. Todo al más puro estilo minimalista, *menos es más* ¡Qué duda cabe! Es una reacción frente al subjetivismo y emocionalismo que cede paso a la inmediatez. Marca la importancia por el fondo, no por la forma. La precisión es su carta de garantía. Queda atrás la apariencia, la incertidumbre, frente a la seguridad. Se reduce al máximo, se condensa, la relación paterno filial con el único objetivo: alcanzar la realidad. Adiós a los barrocos juicios de paternidad.



Un nuevo sistema de paternidad extramatrimonial

Por lo pronto, tenemos un nuevo estatuto filiativo en materia de paternidad extramarital sustentado en el derecho a la identidad, en el interés superior del niño y en una sociedad con valores claros, que empiezan donde se inicia toda relación humana, en el seno de la familia con el sólido compromiso de los padres (el que es

(17) Compartimos la opinión de Velez Sársfield, quien sostuvo en 1858 su posición contraria a que la indagación de la paternidad sin restricciones podría desencadenar grandes escándalos, chantajes e incluso un atentado contra la moral. Al respecto, manifestó tajantemente que no se trata de descubrir un crimen sino simplemente (subrayamos *simplemente*) de determinar quien es el progenitor o los progenitores de una persona, lo que de ninguna manera puede ser un escándalo, por el contrario, la prohibición de la indagación de la paternidad destruye las leyes que crean el orden familiar, lo que sí es un escándalo, de tremenda dimensión agregaríamos nosotros. Vid. PALMERO, Juan Carlos. "Vélez Sársfield y el Derecho en Latinoamérica". En: *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*. Tomo I. Academia Nacional de Córdoba. Córdoba, 2000. Págs. 245 y 246.

bueno en familia, es también buen ciudadano, Sófocles). La falta de reconocimiento, negar el legítimo derecho de un niño a tener un padre es una forma de violencia familiar. ¡Qué duro debe ser sentirse negado por su padre! Es cuestión de vivirlo, ¿verdad?, de sentirlo para saber en el fondo de qué se trata. “HUMANA cosa es tener compasión de los afligidos, y aunque a todos conviene sentirla, más propio es que la sientan aquellos que ya han tenido menester de consuelo y lo han encontrado en otros: entre los cuales, si hubo alguien de él necesitado o le fue querido o ya de él recibió el contento, me cuento yo” (sólido inicio del *Decamerón*, BOCCACCIO, Giovanni. *Vid.* Proemio). El fin del proceso se consigue, como manifestamos antes, con una cultura de paz que rechaza la violencia, esta violencia familiar que pasa desapercibida.

Algunos siguen pensando a su estilo clásico, por decir, y tienen derecho a hacerlo y a todos beneficia, si no no tendríamos con quien debatir. Uno de ellos es Plácido quien afirma que el sistema del Código Civil, a pesar de todo, sigue siendo taxativo; es más, alega que esta nueva ley no ha variado el régimen restringido⁽¹⁸⁾, por lo que no procederían otros casos que aquellos no contemplados en la ley. Concluye que esta última causal [sic.], sustentada en la prueba de ADN, es posible que no sea aplicable a esos *otros casos* comprobándose que “la previsión del legislador es siempre más pobre que la realidad”⁽¹⁹⁾.

Consideramos que no es así, por nuestros argumentos anteriores que de más está repetirlos por más deseos que tengamos. Dos cosas solo como *recordaris*. En primer lugar, la prueba de ADN no es una causal, es un medio efectivo para esclarecer la filiación. No hay en ella nada que probar, sirve para la demostración de lo alegado. Segundo, la jurisprudencia desde 1992 viene orientándose sobre el criterio abierto para el establecimiento de la paternidad, admitiéndose esos *otros casos*:

**El establecimiento
parental como
base de la paz**

**¿Vigencia del
régimen restrictivo
de averiguación
de la paternidad?**

**El ADN es prueba
fehaciente,
no es una causal**

(18) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Creditor virgini pregnanti..., volviendo al ancien droit: a propósito de la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 134. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2005, Pág. 42.

(19) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “La pretensión de alimentos del hijo extramatrimonial cuya paternidad no está determinada”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 139. Gaceta Jurídica. Lima, junio de 2005. Pág. 44.

Primera sentencia que consagra el sistema abierto

“Si bien el artículo 402 del Código civil no considera la relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción, la omisión o deficiencia de esta norma legal no puede dejar sin protección jurídica a una menor pues ello importaría atentar contra su derecho de llevar el patronímico que le corresponde de ser reconocida como hija de quien la engendró”⁽²⁰⁾.

Las dificultades de los procesos filiales

2.5. Únicamente un proceso para la determinación de la paternidad extramatrimonial

La indefinición de la paternidad, la naturaleza de la mujer de ser “madre”, de haber parido y criado a la descendencia, hecho que no sucede con el hombre –aparte del machismo–, los largos senderos, trochas incluidas, para discutir el parentesco en fríos y estancos estrados judiciales fueron cuestiones adicionales que acompañaron la poca fortuna de los procesos filiales.

Los principales afectados: el hijo y la madre

El tiempo, con su transcurso inmisericorde, generó la agudización del problema. Los perjudicados directos: el hijo y la madre. El primero sin una identidad definida, la segunda cargando toda la responsabilidad de formar una persona, un ciudadano. Las leyes en este tema no se adecuaron a la realidad. La mujer y su descendencia, que dicho sea de paso no solo es de ella, sino de aquel que colaboró en el engendramiento, merecen todo el respeto y acción de la ley. El denominado, mal que bien, culto a la mujer que implica rendirle un homenaje por su esencia, atributos, abnegada labor, en fin por su ser, podemos verlo representado en esta ley.

La responsabilidad procreacional y el respeto al “ser” y a la mujer

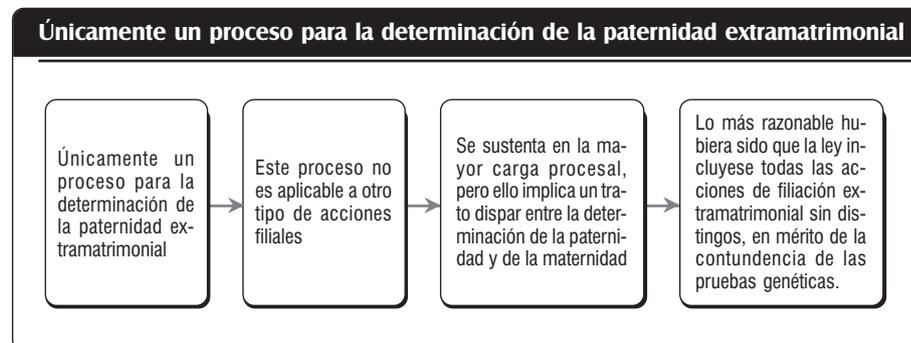
No está en discusión, qué duda cabe, la legalidad de las relaciones sexuales, estas escapan al contenido normativo. El sexo es una expresión humana, la más pura y natural en la que hombre y mujer se entregan, se hacen uno, él de ella (Marte rendido a los pies de Ve-

(20) Exp. N° 271-92-Lima. En: *Revista Jurídica del Perú*, Año XLV, N° 2. Normas Legales. Trujillo, 1995. Págs.157 y 158. Mayor análisis al respecto *Vid.* mi “Filiación, Derecho y Genética”. Coedición Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica. Lima, 1999. Pág. 225 en adelante.

nus), ella de él (el escudo blandido por la filuda espada). Sexo y procreación, sexo y fornicación. Sexo como carne (apetito), sexo como espíritu (enaltecedor del ser). Por allí encontramos algunas diferencias o respuestas a muchas interrogantes. Hombre y mujer, la pareja, deben encontrarse y hallar finalmente sus destinos. No depende de uno, ni de otro, depende de ellos, cada quien con su propia responsabilidad natural. “La próxima vez que estén con una mujer, busquen dentro de su corazón y pregúntense si son capaces de ver el sexo como algo místico, espiritual. Desafíense ustedes mismos para ver si son capaces de hallar esa chispa de divinidad que el hombre solo alcanza a través de la unión con la divinidad sagrada” (BROWN, Dan. *El Código Da Vinci*. Traducción Juanjo Estrella. Umbriel. Barcelona, 2003).

El proceso aprobado solo puede ser utilizado para la paternidad extramatrimonial. No es aplicable a otro tipo de acciones filiales. Se sustenta en la mayor carga procesal. Son más los casos que tratan de responder la pregunta ¿Quién es mi padre? Pocas veces se busca encontrar una respuesta judicial a la interrogante ¿Quién es mi madre? En otras palabras, la materia procesal en este aspecto es reducida, por no decir inexistente, pero no por ello menos importante. Aunque pueden presentarse ambos casos, sin padre, sin madre (cuando preguntó cuál de los curas era su papá, recibió un bofetón por insolente ... Creo que en realidad nada sabía de sus progenitores. ALLENDE, Isabel. *Eva Luna*) situación de los expósitos, abandonados, hospicianos, recogidos y albergados en inclusas. Sin familia, no hay pobreza mayor.

Aplicabilidad del proceso. Solo para la paternidad, no para la maternidad



**Procesos distintos
para una misma
pretensión
genérica**

La cantidad de procesos no es un lógico sostén. Al contrario, la ley distingue absurdamente la misma pretensión genérica canalizándola en un procedimiento distinto. Es como si teniendo que alimentar, por decir, a dos palomas, lo hiciéramos solo con una, puesto que la otra, entendemos, puede conseguir su propio sustento. Dos sistemas procesales, de diverso género y trámite, uno para el padre y otro para la madre. No cabe justificación. Implica un trato dispar, diferencial, entre la determinación de la paternidad y la maternidad. Como dice la profesora argentina Estigarribia⁽²¹⁾, resulta discriminatoria en cuanto no permite el mismo tratamiento para quien pretenda reclamar la declaración de maternidad. En este línea de pensamiento, atenta contra el derecho de acceso a la justicia, pues uno de los niveles de este derecho es que todas las personas puedan acceder a la justicia en igualdad de condiciones, sin distinciones de ningún tipo. Diferencias aparte el tratamiento de la justicia amerita un trato paritario.

Aunque más sencillo sea el esclarecimiento de la maternidad, por el parto y porque no existen presunciones que alegar ni probar, no se le da preferencia –como debiera ser– dejándola a expensas de un largo y trajinado proceso de conocimiento. Lo más razonable es que la ley hubiera incluido todas las acciones de filiación extramatrimonial sin distinguos, aprovechando que la indefinición del parentesco y no habiendo matrimonio de por medio, pueden ser salvadas por las pruebas genéticas.

Al respecto se vienen planteando dos posiciones:

Analogía

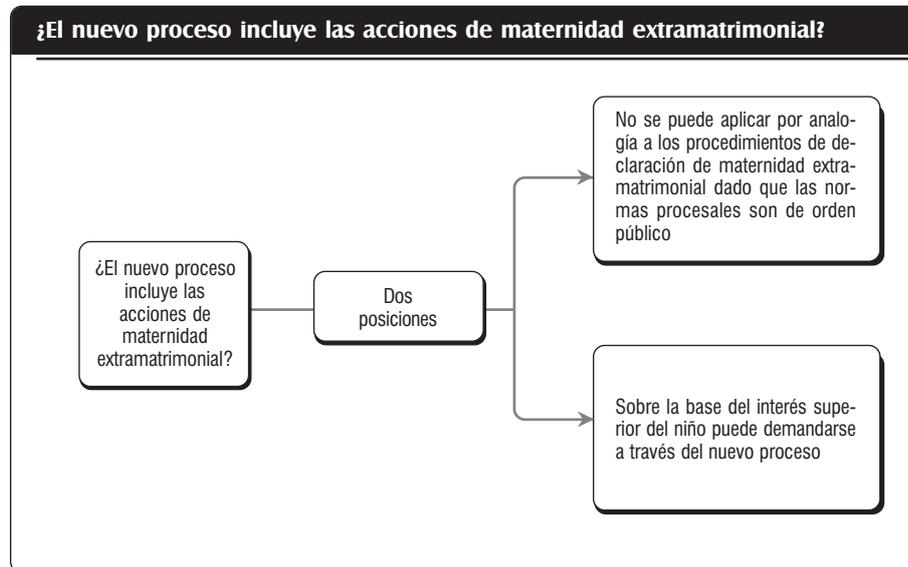
- No se puede aplicar por analogía a los procedimientos de declaración de maternidad extramatrimonial dado que las normas procesales son de orden público.

Interés del niño

- Sobre la base del interés superior del niño puede demandarse a través del nuevo proceso⁽²²⁾.

(21) María Laura Estigarribia Bieber, comunicación por correo electrónico del 16 de junio de 2005. Reproducción autorizada por la autora.

(22) *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 11, N° 84. Gaceta Jurídica. Lima, setiembre de 2005. Pág. 14 (Consultas a la carta).



En la práctica se encuentra una limitación adicional. Aún tratándose del caso de una investigación de la paternidad extramatrimonial, no procedería para aquellas situaciones en las que falte la madre, el hijo o el padre (típico caso de la investigación *post mortem*). La ley –curiosamente– exige la prueba a las tres partes, situación que técnicamente, como sabemos, no es necesaria. Es suficiente que se pruebe la existencia de genes compartidos entre padre e hijo para la fijación genética entre ambos.

Improcedencia del nuevo proceso

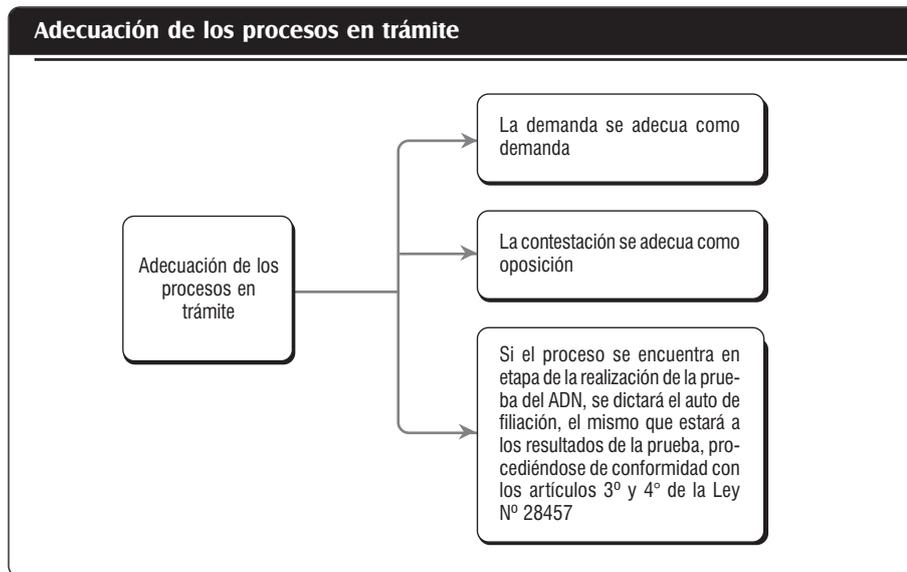
2.6. Adecuación de los procesos en trámite

Una forma de aligerar la carga procesal existente y lograr la aplicación inmediata de la ley es adecuando los procesos de filiación en trámite, conforme lo establece la cuarta disposición complementaria de la Ley N° 28457: “Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente ley”.

La adecuación como medio de aligerar la carga existente

La complejidad de los procesos de conocimiento en los que se ventilan las acciones de estado paterno filial se verá simplificada por la nueva ordenación procedimental aprobada. Pueden presentarse inconvenientes

como, por ejemplo, que las argumentaciones planteadas en las demandas o contestaciones sean contrarias a la finalidad buscada con la nueva ley, en las que prime el nexo biológico frente a los fundamentos de hecho, últimos estos que abundan en los procesos en trámite.



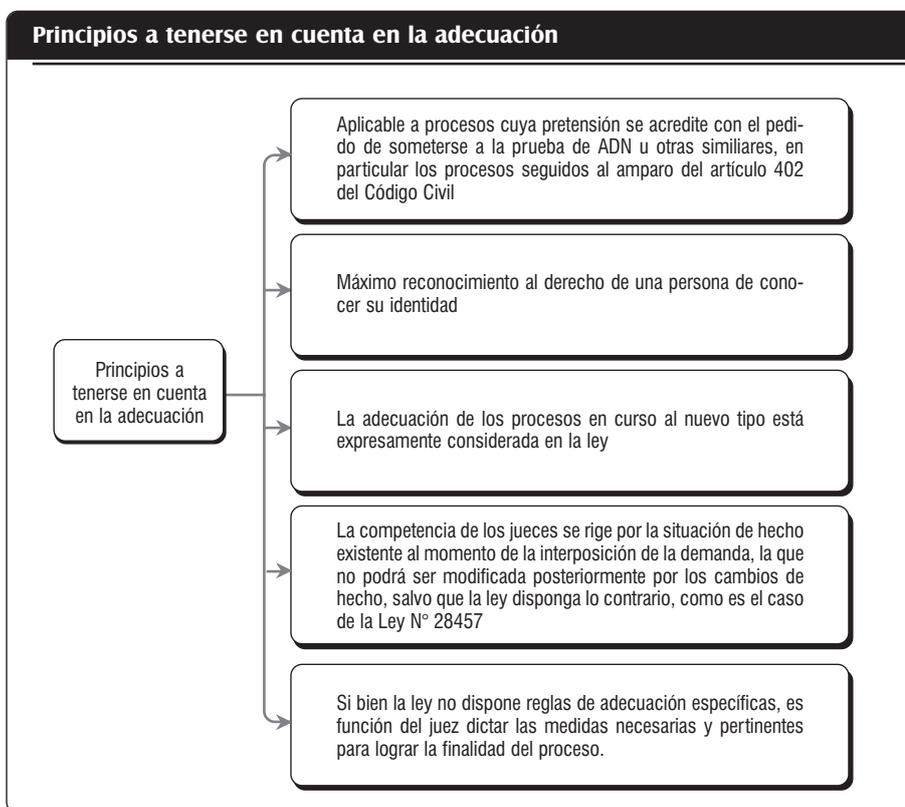
El criterio adoptado por uno que otro Juzgado de Familia es el siguiente:

Uno de los primeros fallos de adecuación

“... **Primero:** Puesto a Despacho, y atendiendo: Que, el día ocho de enero del año en curso se ha publicado la Ley N° 28457, en relación a los procesos de Filiación regidos por el Art. 402° inciso 6 del Código Civil, es decir aquellos cuya pretensión se acredita con el pedido de someterse a la prueba de ADN u otras similares; siendo de atender al derecho de toda persona a conocer su identidad; **Segundo:** Que, en relación a los procesos en trámite la referida ley, en su disposición cuarta, indica que los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la ley; **Tercero:** Que, a los efectos de determinar la competencia el artículo 8° del Código Procesal Civil señala que la competencia se determina por la situación de hecho existente al momento de

la interposición de la demanda y no podrá ser modificada por los cambios de hecho posteriormente, salvo que la ley exponga expresando lo contrario, norma que en concordancia con la segunda disposición final del Código Procesal Civil, que dispone: ‘las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios...’ manteniendo este Órgano Jurisdiccional la competencia de los procesos en trámite, por lo que procediéndose a la adecuación es de atender a que la ley en mención no dispone reglas de adecuación establecida; y siendo que la Ley N° 28457, en su artículo 1° dispone que: el que tiene legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede acudir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la Filiación demandada; si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad; y en su artículo 2° la oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante. Si transcurrido diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad; **Cuarto:** Que, siendo así es de atender que la demanda se adecue como demanda, la contestación se adecue como oposición y si el proceso se encontrara en etapa de la realización de la prueba del ADN, se dictará el auto de filiación, el mismo que estará a los resultados de la prueba procediéndose de conformidad con el artículo 3° y artículo 4° de la Ley N° 28457⁽²³⁾.

(23) Exp. N° 183518-2004-00067. 18° Juzgado de Familia. Corte Superior de Lima (26/01/2005).



Puntos a considerarse en la adecuación

Al analizar la resolución citada podemos apreciar los siguientes principios a tenerse en cuenta en la adecuación:

- Es aplicable a los procesos cuya pretensión se acredita con el pedido de someterse a la prueba de ADN u otras similares, en particular los seguidos en amparo del artículo 402, inciso 6 del Código Civil.
- Máximo reconocimiento al derecho de toda persona a conocer su identidad.
- La adecuación de los procesos en curso al nuevo tipo está expresamente considerada en la ley.
- La competencia de los jueces es por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda, la que no podrá ser modificada posteriormente por los cambios de hecho, salvo que la ley disponga lo contrario, como es el caso materia de análisis.

- Corresponde a los órganos jurisdiccionales que vienen ventilando los procesos de filiación la competencia de los procesos que tienen en trámite.
- Si bien la ley no dispone reglas de adecuación específicas, es función del juez dictar las medidas necesarias y pertinentes para lograr la finalidad del proceso.
- La adecuación se realiza:
 - La demanda se adecua como demanda.
 - La contestación se adecua como oposición y,
 - Si el proceso se encuentra en etapa de la realización de la prueba del ADN, se dictará el auto de filiación, el mismo que estará a los resultados de la prueba procediéndose de conformidad con los artículos 3° y 4° de la Ley N° 28457.

Sin embargo, esto altera toda la estructura técnica y lógica del proceso por lo que la Sala de Familia, recurrida que fuera la resolución en comentario, falló de la siguiente manera:

“**Quinto:** Que, ... el A-quo ha expedido la resolución apelada adecuando todos los actos procesales realizados en autos y confundiendo de esta manera, el trámite establecido en la norma citada conforme se advierte del tercer y cuarto considerando de la apelada; ... **Sétimo:** Que, el debido proceso exige garantías que posibiliten una administración de justicia eficiente y tal eficiencia implica **agilidad, intermediación** y apertura para escuchar a todos los interesados por el derecho que les asiste respecto a la tutela jurisdiccional efectiva ...; por lo que, al expedirse la recurrida con los defectos anotados se ha incurrido en nulidad insalvable por causal prevista en el artículo ciento setentauno⁽²⁴⁾ del

**Criterio de la Corte
Superior para
la adecuación**

(24) Código Procesal Civil: “Artículo 171. Principio de legalidad y trascendencia de la nulidad. La nulidad se sanciona solo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

Quando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, este será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito”.

**Lo temporal e
¿inconstitucional?
de la adecuación**

Código Procesal Civil; máxime, si se tiene presente que la omisión de los trámites procesales no puede ser materia de convalidación ...

DECLARARON NULA la sentencia apelada que declara la paternidad e insubsistente lo actuado⁽²⁵⁾.

Comentarios por cuenta de cada quien. Lo que sí podemos decir es que la praxis generará una mejor aplicación de las reglas de adecuación de los procesos. En efecto, a propósito de un proceso de reclamación de paternidad, nuestra Corte Suprema⁽²⁶⁾ ha conocido un caso por el cual se cuestionaba en el recurso de casación la contravención a las normas del debido proceso por la no aplicación de la prueba de ADN, aun cuando la madre reclamante contaba con auxilio judicial, en tanto que la Corte Superior de Justicia de Ica sostuvo que “no se ha regulado aún la situación jurídica de exoneración de pago para verificar la prueba de ADN para aquellas personas que gozan de auxilio judicial –según los alcances previstos en la Ley número 27048– artículo 4”. En atención a ello, nuestra Corte Suprema, sin estar admitiendo la casación para los casos seguidos al amparo de la nueva Ley N° 28457, ha precisado que: “al advertirse que la decisión adoptada por las instancias de mérito contravienen normas que garantizan el derecho a un debido proceso, esta Sala considera que los presentes autos deben ser devueltos al Juez de Primera Instancia y este debe tramitar la causa de conformidad con la mencionada Ley número 28457, corriendo traslado de la demanda de filiación y luego, de no producirse oposición, declarar judicialmente la paternidad”.

Es cuestión de coordinación entre los magistrados para conseguir la plena aplicación de estos principios y de las normas materia de declaración paternal. Téngase en cuenta que se trata, en cuanto a la disposición complementaria dedicada a la adecuación, de una norma de aplicación temporal, es decir, que su objetivo no es permanencia en el tiempo sino, por el contrario, lograr únicamente que todos los procesos se rijan por las nuevas disposiciones. Ariano

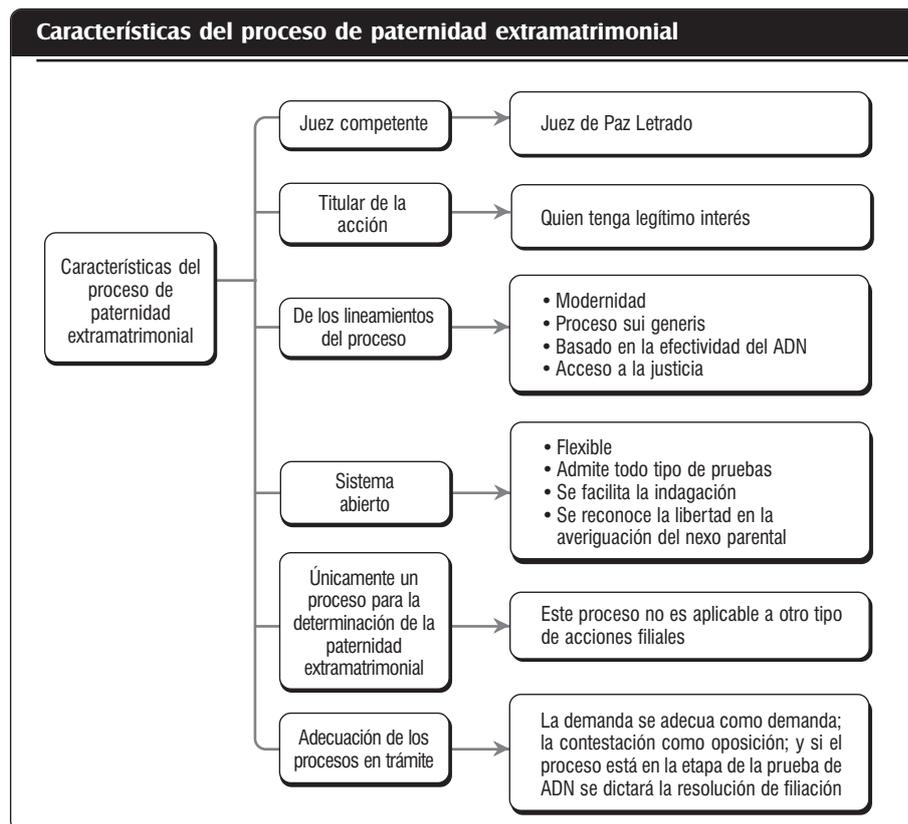
(25) Exp. N° 821-2005-Lima, Corte Superior de Lima, Sala Especializada de Familia (12/09/2005).

(26) Casación N° 3066-2005-Ica, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (26/06/2006).

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Deho⁽²⁷⁾ observa un matiz de inconstitucionalidad en las normas de adecuación en base al principio del “juez natural” con la tesis de que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley (inciso 3 del artículo 139 de la Constitución) y por el principio de la *perpetuatio jurisdictionis* consagrado en la segunda disposición final del Código Procesal Civil.

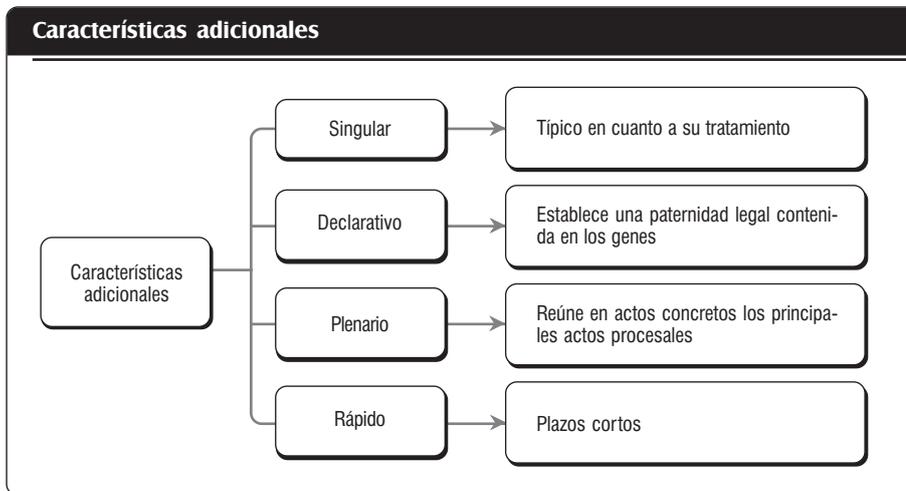
Que quede claro. En los procesos que se inician con la nueva ley, ante el Juez de Paz Letrado, no procede interponer casación alguna. En aquellos en curso que se adecuen y sigan su trámite ante el Juez Especializado sí procedería. Nada más que eso. Para unos sí, para otros no, la ley de la vida.



(27) ARIANO DEHO, Eugenia. *Op. cit.* Pág. 68.

Otras características del proceso

A manera de colofón, en este punto, podemos decir adicionalmente en lo que a las características se refiere, que el proceso es *singular*, típico en cuanto a su tratamiento; *declarativo*, busca establecer legalmente una paternidad contenida en los genes; *plenario*, reúne en actos concretos los principales actos procesales y, por sobre todo, *rápido*.



Del proceso de conocimiento al nuevo proceso

3. DEL TRÁMITE

La diferencia con el proceso de conocimiento, por el que se regía anteriormente esta filiación, es abismal. Por decir lo menos se da un giro de 360 grados que lo hace incomparable con la gestión procesal anterior y con otra existente en razón de su singularidad. Se reducen etapas, actos, plazos.

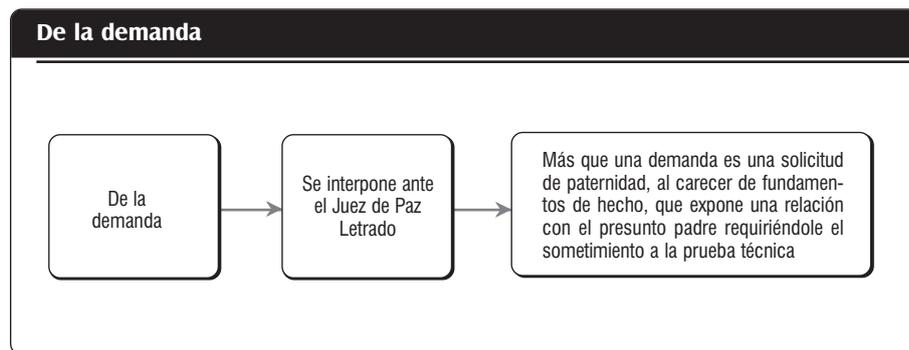
Cuenta con un trámite que podemos esquematizar de la siguiente forma:

3.1. De la demanda

El proceso se sintetiza en la presentación de una demanda ante el Juez de Paz Letrado que, a pedido de parte interesada, expedirá una resolución declarando la paternidad. Se discute con razón el hecho de que más

Mera solicitud de paternidad

que una demanda sea una solicitud de paternidad al poder carecer en su contenido de fundamentos de hecho. En esencia, es una solicitud que expone una relación con el presunto padre requiriéndolo al sometimiento a la prueba técnica.

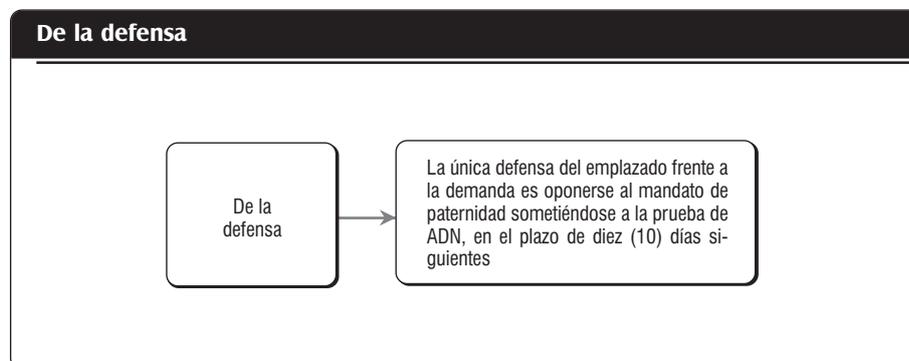


3.2. De la defensa y la oposición

3.2.1. De la defensa

La única defensa del emplazado frente a la demanda es oponerse al mandato de paternidad sometiéndose a la prueba de ADN, en el plazo de diez (10) días siguientes. No cabe otro tipo de sustento que la oposición en sí misma (salvo una excepción como veremos luego). Son impertinentes las tachas, los fundamentos de hecho en un escrito de contestación o cualquier otro argumento tendente a desnaturalizar la efectividad del proceso.

La oposición como única defensa del demandado



3.2.2. Excepciones

Viabilidad de las excepciones

Como medio de defensa del demandado, el proceso no admite expresamente plantear excepciones lo que no implica que esté prohibido, 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. Consideramos que sí son viables las excepciones o si se quiere, por utilizar otra terminología, las defensas previas. El tema es discutible.

Hagamos un símil con el proceso de ejecución de garantía el que, como bien es sabido, deja de lado a las excepciones. Con este matiz, el artículo 722 del Código Procesal Civil trata sobre la contradicción restringiendo su admisibilidad a cinco (5) causales (nulidad del título, inexigibilidad, cancelación, extinción o prescripción)⁽²⁸⁾.

Al no prohibirlas la ley, son aplicables

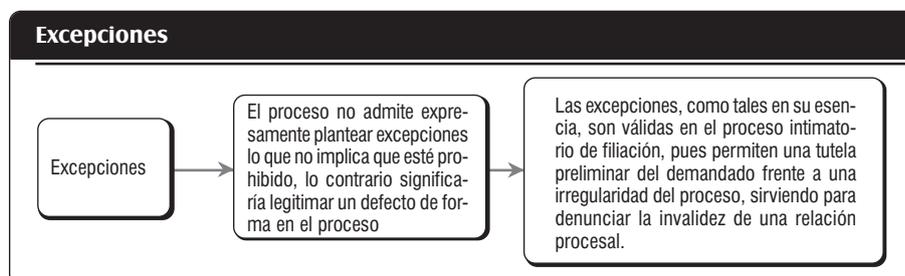
En opinión de Hinostroza⁽²⁹⁾ “nada obsta para que el ejecutado pueda plantear excepciones o defensas previas (sobre todo las primeras)”. Si bien la normatividad no contempla la posibilidad de plantear tales instrumentos, tampoco lo prohíbe expresamente siendo valor entendido, entonces, su admisibilidad. Los derechos de la persona solo pueden ser restringidos expresamente, concluye el autor. Continúa diciendo que la limitación de causales no se hace extensiva a las excepciones o cuestiones previas dado que estas son defensas de forma, mientras que las causales de contradicción son defensas de fondo⁽³⁰⁾. Compartimos la posición de Hinostroza.

(28) Código Procesal Civil: “Artículo 722.- Contradicción.- El ejecutado, en el mismo plazo que tiene para pagar, puede contradecir alegando solamente la nulidad formal del título, inexigibilidad de la obligación o que la misma ya ha sido pagada o ha quedado extinguida de otro modo, o que se encuentra prescrita. La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el Juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo.

Para la contradicción solo es admisible la prueba de documentos. Previo traslado por tres días y, con contestación o sin ella, se resolverá ordenando el remate o declarando fundada la contradicción. El auto que resuelve la contradicción es apelable con efecto suspensivo”.

(29) HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo”. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima, 2003. Pág. 1398.

(30) HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Op. cit.* Pág. 1399.



La Corte Suprema asume otro criterio respecto de la admisibilidad de las excepciones en los procesos de ejecución de garantía, teniendo:

- "... A diferencia del proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero que en su artículo setecientos del Código acotado (C.P.C.), permite al ejecutado proponer excepciones o defensas previas, en el trámite de la ejecución de garantía no existe dicha posibilidad..."⁽³¹⁾.
- "... De acuerdo al artículo setecientos veintidós del Código Procesal Civil y a diferencia del artículo setecientos del mismo cuerpo de leyes, referido al proceso ejecutivo, no se prevé la formulación de excepciones y defensas previas, debido que su naturaleza es sustancialmente especialísima, esto implica que se ha procurado establecer una vía procesal más expeditiva que la del proceso ejecutivo en razón a que lo requerido judicialmente es un título de ejecución..."⁽³²⁾.
- "... La resolución de vista, al confirmar la resolución que declara improcedente su excepción, no contraviene su derecho a la defensa, toda vez, que la norma procesal le permite al recurrente hacer uso de las causales para contradecir el mandato de ejecución, debiendo el recurrente circunscribirse exclusivamente a ellas..."⁽³³⁾.

Diversos criterios de la Corte Suprema acerca de la procedencia de las excepciones

(31) Casación N° 2542-99-Lima. Diario oficial El Peruano. 18/12/1999, Pág. 4357.

(32) Casación N° 3115-99-Lima. Diario oficial El Peruano. 19/02/2000, Pág. 4646.

(33) Casación N° 3115-99-Lima. Diario oficial El Peruano. 19/02/2000, Pág. 4646.

Un criterio opuesto que afianza nuestra posición:

- “No obstante que el artículo 722 del Código Procesal Civil no señala la admisibilidad de las excepciones, cabe proponerlas por que no hay disposición que lo prohíba.

El no permitir oponer dichos medios de defensa supone que en todos los casos son válidos por sí mismos, lo cual es una ficción⁽³⁴⁾.

Las excepciones, como tales en su esencia, son válidas en el proceso intimatorio de filiación, pues permiten una tutela preliminar del demandado frente a una irregularidad del proceso, sirviendo para denunciar la invalidez de una relación procesal.

La jurisprudencia tiene nuevamente la palabra dejando sentado verdaderos precedentes⁽³⁵⁾.

3.2.3. De la oposición

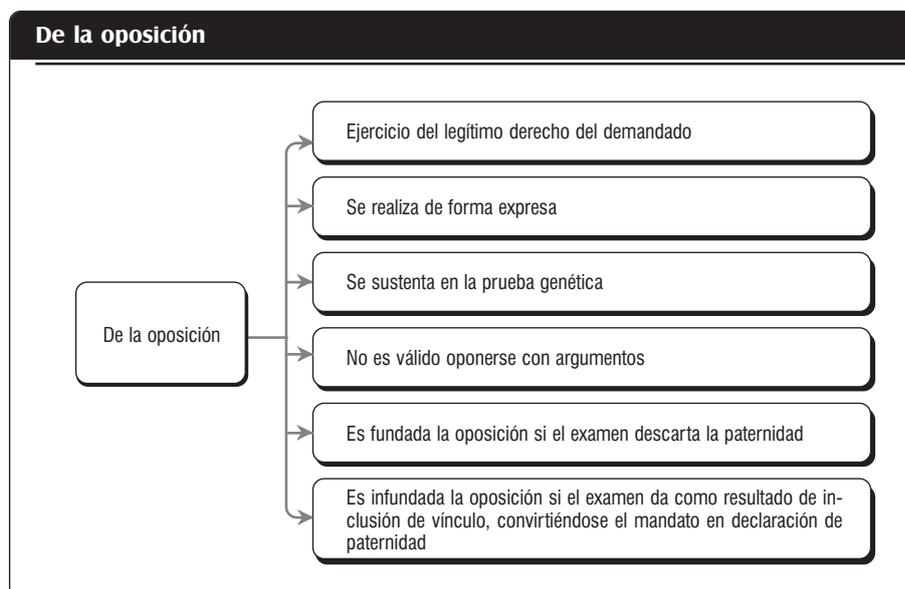
El derecho a la oposición

El ADN como requisito básico 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 estos deben ser confrontados con la prueba. La calificación de la oposición depende del resultado de la bioprueba, 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.

(34) Exp. N° 1339-94. Cuarta Sala, ejecutoria de 12/12/94. Vid. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. “Ejecutorias”. Tomo I. Cultural Cusco. Lima, 1995. Págs. 156 y 157.

(35) Claramente, en un ensayo publicado, se dice acerca del precedente que: “La doctrina del precedente en el *common law* tiene dos dimensiones, que llamaremos *stare decisis* horizontal y *stare decisis* vertical, la primera se refiere a la obligación de los tribunales de seguir sus propios precedentes, la segunda alude a la obligación de los tribunales de seguir los precedentes de sus superiores jerárquicos”. LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César (h). “Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’”. En: *La Ley*, Año LXIX, N° 211. Buenos Aires, 31 de octubre de 2005. Pág. 1.



3.2.4. Costo de la prueba

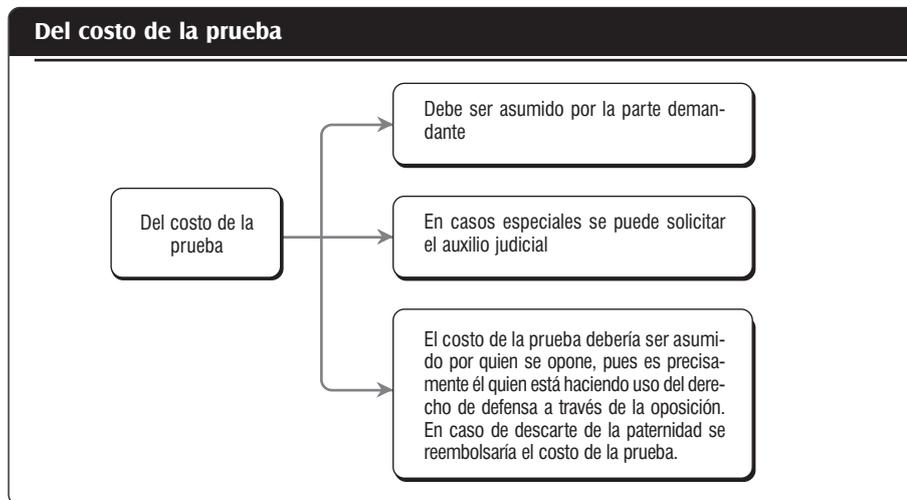
La norma indica de manera expresa que el costo de la prueba debe ser asumido por la parte demandante que, como sabemos, en la mayoría de los casos es la madre. Una madre soltera que trabaja, cría, educa, mantiene el hogar y que dinero no le sobra –al contrario, lo corriente es que sus ingresos estén a la par que sus gastos– no parece nada justo cargarla con tremendo gasto. Un proceso judicial implica un costo y a este se suma la realización de la experticia, nada barata. En casos especiales deberá pedir auxilio judicial⁽³⁶⁾ para la defensa de sus intereses, situación que poco puede ayudarla, pues debe sufragar la prueba en caso de oposición ¿Acaso se tiene la intención de que el Estado asuma el valor en casos de indigencia? No es la idea, al menos no la de esta ley.

El costo de la prueba es asumido por la parte más débil

Entonces, la solución planteada a través de este proceso especialísimo puede verse truncada por la imposi-

(36) “SEGUNDO.- Es posible que dentro de este proceso especial se solicite el *auxilio judicial* y bajo el principio de trascendencia dado el carácter especial del proceso no se formará cuaderno aparte, y en caso de concederse el auxilio, es el Estado el que deberá correr con los gastos de realización de la prueba de ADN”. Acuerdo por unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de junio de 2005 (las cursivas son nuestras).

bilidad 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 costo de la prueba asumido por el demandado

Este interesante punto es tratado por el presidente de la Corte Superior de Apurímac: “el magistrado puede disponer que el demandado abone dicho pago, siempre que la demandante por su condición de indigente intervenga 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 del 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 dependen; vale decir, afectando sus derechos constitucionales. Por estas razones, el juez –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 de 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 creador del derecho al resolver un determinado caso⁽³⁷⁾.

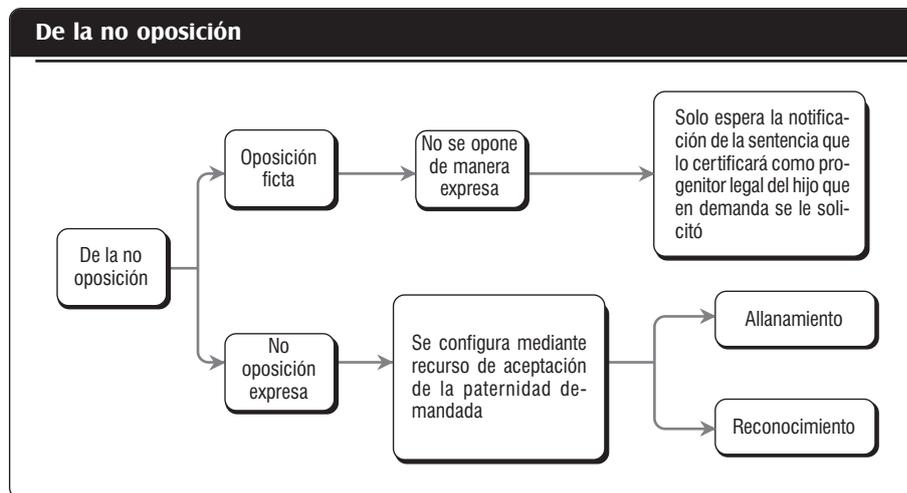
Es más, el citado magistrado formula una modificación a la ley a efectos que se disponga que sea el demandado el que costee la prueba dado que es el quien se opone a la pretensión.

3.2.5. 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*. Sigamos. 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 solo la conocen las partes.

Sobre el allanamiento y reconocimiento, como variables de no oposición, “revelan que en esta ley espe-

La falta de oposición:
 - ficta
 - expresa:
 • allanamiento
 • reconocimiento



(37) OLMOS HUALLPA, René. “Derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales. ¿Realidad o ilusión?”. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano. Año 2, N° 64. Lima, 20 de setiembre de 2005. Pág. 7.

cial la pretensión de filiación es disponible, a diferencia de lo que ocurre con todas las pretensiones relativas a derechos indisponibles (incluida la filiación en los demás supuestos del artículo 402 del Código Civil) y de lo que ocurriría con el tratamiento legal previsto en el inciso 6 del artículo 402, antes de su modificatoria por esta ley especial⁽³⁸⁾. Aclaremos. Nada impide, entiéndase con claridad, que en los procesos de filiación la parte demandada pueda allanarse a la demanda, pues lo que se busca es fijar un vínculo que consagre un derecho a la identidad, por lo que no se aplica el límite de improcedencia entendido por el citado autor. Sirva la presente de reflexión.

3.2.6. Inversión de la carga de la prueba

La inversión de la carga de la prueba constituye una excepción al principio de “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.

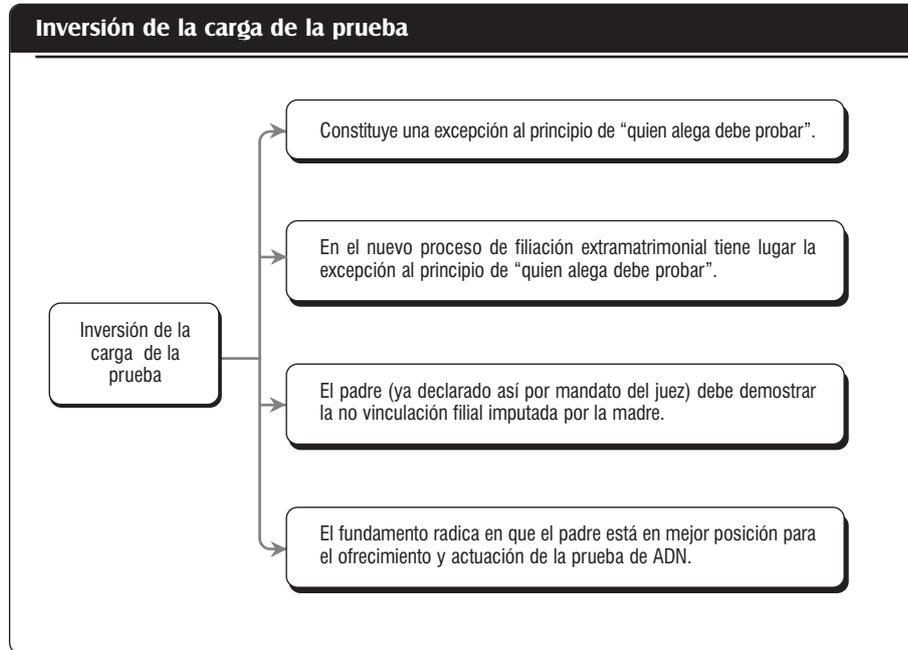
Las reglas de la carga de la prueba se resumen en tres principios jurídicos fundamentales:

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

Para nuestro estudio nos interesa el primero y el último.

La efectividad del ADN y el interés del niño como sustento de la inversión de la carga de la prueba

(38) MARTEL CHANG, Rolando. *Op. cit.* Pág. 70.



En el nuevo proceso de filiación extramatrimonial tiene lugar la excepción al principio de "quien alega debe probar", y por ello es el padre (ya declarado así por mandato del juez) el que deberá demostrar la no vinculación filial imputada por la madre.

El padre demandado es el llamado a probar

En principio, la carga de la prueba le correspondería a la madre e hijo, pero por disposición de la Ley N° 28457 se invierte y es trasladada al padre.

Nos preguntamos ¿cuál es el fundamento por el cual el legislador ha previsto tal inversión de la carga probatoria? La razón no es otra que la ya tan mencionada contundencia de la prueba de ADN. El resultado de la prueba de ADN constituye una verdad biológica que escapa a las presunciones y las debilita. Quien está en mejor posición para el ofrecimiento y actuación de la prueba de ADN es el padre. Sobre ello no cabe la menor duda. Por una cuestión lógica, fáctica, es claro que el hijo se encuentra en una situación de desventaja para probar la relación paterno filial. ¿Cómo demostrar que es su padre sin recurrir a presunciones y de manera certera? Hoy la prueba de ADN le da la respuesta, pero

La carga de la prueba es una regla de conducta

para ello es necesario el sometimiento del padre a dicho examen.

La carga de la prueba implica una regla de conducta tanto para el juez como para la parte sobre la que pesa la carga. Para el juez, en razón de que le indica cómo fallar a pesar de no tener pruebas sobre los hechos respecto de los que tenga que fundamentar su decisión debido a la inactividad probatoria de una de las partes —en nuestro caso, del padre—, permitiéndosele un pronunciamiento sobre el fondo. Para la parte sobre la que pesa la carga de la prueba, en tanto le impone los hechos que le compete probar caso contrario, soportará las consecuencias de su inactividad probatoria o de su actividad probatoria deficiente.

En este proceso de filiación corresponde al demandado la incumbencia de probar su no paternidad, *mutatis mutandis* desde 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.

3.2.7. Diferencias entre la negativa y la oposición

El derecho a la oposición y el ejercicio de la negativa

Las diferencias de la oposición con la negativa al sometimiento de la prueba biológica que se regulaba en el Código Civil, en el artículo 402, son saltantes. Sin duda amerita, sobre el particular, esbozar las diferencias entre la actual oposición y la negativa a la bioprueba, la que hasta la entrada en vigencia de la ley analizada, era aplicable a los procesos de paternidad extramatrimonial.

Para Céspedes Suzuki, la sola negativa al sometimiento a la prueba del ADN no probaría la paternidad, siendo necesarios otros medios probatorios que la acrediten. La negativa, sostiene, sería una prueba tasada, toda vez que no se admiten otros tipos de prueba, lo que sería ilegal por atentar contra el principio de valoración conjunta de la prueba, e inconstitucional, pues afectaría el derecho a la prueba como garantía del ejercicio efectivo de la función jurisdiccional.

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Cuadro de diferencias		
	Negativa	Oposición
Aplicable	Acciones de estado filial	Proceso de filiación de la paternidad extramatrimonial
Partes	El padre, madre, hijo o tercero	El padre
Finalidad	Evitar la realización de la prueba	Controvertir los efectos del mandato de paternidad
Calidad	Facultativa. Puede ser fundamentada por diversidad de criterios	Facultativa. Pero la ley impone que se fundamente en el aspecto biológico
Como prueba	Las partes la pueden utilizar como prueba de su pretensión o defensa	Medio de defensa del requerido en paternidad
Sustento	Justificación razonable	Exclusivamente la prueba de ADN
Plazo	Inmediatamente después de decretada la realización	Diez días siguientes al mandato de paternidad
Efectos	Negativa justificada.- No se realiza la prueba.	Oposición fundada.- Si la prueba fuera negativa la oposición será declarada fundada, condenándose al demandante a las costas y costos.
	Negativa injustificada.- Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará la negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista.	Oposición infundada.- Si la prueba fuera positiva, la oposición será declarada infundada, convirtiéndose el mandato en declaración judicial de paternidad y el emplazado condenado en costas y costos.
		Oposición improcedente.- Si a los diez días de vencido el plazo el oponente no se realiza la prueba, por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente, convirtiéndose el mandato en declaración judicial de paternidad.

3.2.8. La negativa como sucedáneo, es una presunción

La negativa es una presunción, no es una prueba ni mucho menos tasada

No compartimos la opinión de Céspedes Suzuki. Teniendo como sustento criterios procesales afirmamos, en primer lugar, que la negativa a la prueba genética no constituye un medio probatorio. La negativa es una presunción *iuris et de iure* (artículo 278 del Código Procesal Civil) que se encuadra dentro de la categoría de los sucedáneos de los medios probatorios previstos por nuestra normativa procesal (artículo 275 y ss. del Código Procesal Civil).

Antes de la modificación legal, esta negativa era un indicio. Hoy, la negativa, considerada como presunción, sustituye el valor de la prueba de ADN cuando no es practicada por decisión del requerido. No es una prueba, insistimos, es un sucedáneo. Es una presunción que no admite prueba en contrario.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta lo que señala Hinojosa sobre la presunción *iure et de iure* en general: “es de destacar que resulta inadmisibles la prueba en contrario del hecho presumido, pero no de aquella dirigida a acreditar la inexistencia del hecho que constituye el presupuesto para la aplicación de la presunción legal absoluta, esto es el hecho que le sirve de base”⁽³⁹⁾. Aplicado a nuestro caso, quiere decir que la única forma de que se desvirtúe la presunción *iure et de iure* de paternidad por la negativa del requerido, sería necesario que este se someta a la prueba de ADN.



(39) HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “La prueba en el proceso civil. Doctrina y jurisprudencia”. 3ª edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Pág. 264.

Muy a pesar de ello, Céspedes Suzuki nos dice expresamente que: “(...) lo que la Ley N° 28457 ... ha buscado es darle a la negativa a la práctica de la prueba de ADN un carácter tasado superior y excluyente, toda vez que lleva al juez a declarar de inmediato la paternidad sin considerar otras pruebas. El juez se abstrae de la inexistencia absoluta de prueba y se centra en la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica de manera que la sola negativa implica paternidad, lo cual es un claro atentado contra el principio de valoración conjunta de la prueba recogido en el artículo 197 del Código Procesal Civil que sí fue recogido por la Ley N° 27048”⁽⁴⁰⁾.

La posición de la autora citada es discutible. La autora al confundir prueba por presunción concluye que se trata de una prueba tasada y por ello ilegal, toda vez que impide la apreciación conjunta de la prueba. Insistimos, la presunción de paternidad por la negativa en sí no es una prueba, mucho menos tasada, sino que es consecuencia de la conducta del demandado de no hacer valer su derecho a la defensa –como lo hemos visto– sometiéndose a la prueba genética.

Como ya hemos referido, la negativa constituye una presunción de tipo *iuris et de iure*, un sucedáneo que sustituye el valor de la prueba de ADN por la no práctica de esta por el emplazado a efectos de desvirtuar su paternidad de modo tajante, en razón de la certeza de la prueba de ADN. Valgan verdades, pero actualmente la negativa carece de sentido, no cabe hacer uso de ella, por lo que no es necesario el apercibimiento⁽⁴¹⁾, adver-

**En el nuevo
proceso de
filiación
solo es válida
la oposición,
no la negativa**

(40) CÉSPEDES SUZUKI, Erika: “Deficiencias de la Ley N° 28457”. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano. Año 2, N° 57. Lima, 2 de agosto de 2005. Pág. 7.

(41) El apercibimiento es un requerimiento hecho por el juez para que uno ejecute lo que manda o tiene mandado, o para que proceda como debe, conminándosele con multa, pena o castigo si no lo hiciera (CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario de Derecho Usual”. Tomo I. Heliasta. Buenos Aires, 1974. Pág. 762). En la Enciclopedia Jurídica Omeba se señala que el apercibimiento constituye una prevención especial porque se concreta en una advertencia conminatoria, respecto de una sanción también especial. En ese sentido, el apercibimiento dado por una autoridad con facultades para ello, tiene por finalidad exigir el cumplimiento de una conducta determinada y aplicar una pena en caso de desobediencia. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I. Editorial Bibliográfica Argentina. Pág. 1033.

**Más de lo mismo,
lo único válido
es la oposición**

tencia, ni exhortación a la realización de actos, como lo era antes. La ley busca de manera directa lo que ayer establecía de manera indirecta. Además, y a ver si queda clara nuestra posición, también se llega a sentenciar paternidad por la no oposición al mandato de paternidad lo que, utilizando el mismo razonamiento de la autora, implicaría que tanto el allanamiento y el reconocimiento sean considerados pruebas tasadas. Y esto, qué duda cabe, no es así; al menos hasta donde sé, no queriendo saber más.

En todo caso compartiríamos el criterio de Ariano. Sí, escribe ella que: “Estamos pues ante una nueva fase en la historia del Derecho probatorio peruano: regresamos a la prueba plena legal. *Ergo*, ya no más apreciación conjunta y razonada de la prueba, ya no más motivación del por qué se resuelve en un sentido o en otro, pues quien decide es el laboratorio”⁽⁴²⁾. Un poco extremista para nuestro gusto pero resulta sustentable su posición.

3.3. Del mandato de paternidad

Este es el acto más importante del proceso, además de ser el primero que dicta el juez sin necesidad de escuchar al demandado, *inaudita altera pars*, “de esta forma el juez si bien resuelve oyendo a una sola de las partes, lo hará no solo sobre la base del relato fáctico, sino de las pruebas aportadas. Y si el emplazado no formula oposición alguna, la cosa juzgada material no solo es consecuencia de su conducta procesal, el silencio o falta de oposición, sino del relato del demandante y los medios probatorios que aportó para sustentarlo”⁽⁴³⁾.

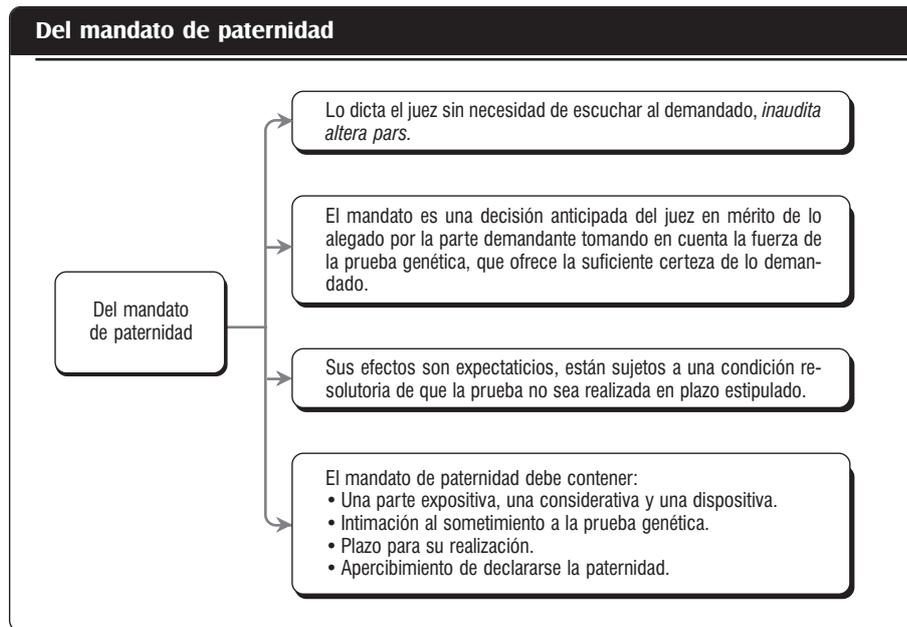
Es importante llegar a comprender la esencia del mandato de paternidad. Podemos sostener que más que

**El mandato
de paternidad
se sustenta
en la efectividad
del ADN**

(42) ARIANO DEHO, Eugenia. *Op. cit.* Pág. 67. Agrega que: “Hemos, pues, entrado en una nueva era. Una era en la que bajo la máscara de la infalibilidad de la ‘prueba del ADN’ se ha regresado a una suerte de prueba ordálica, en donde el juicio de Dios es reemplazado por el juicio del más terrenal (y ‘científico’) laboratorista”. *Op. cit.* Pág. 68.

(43) MARTEL CHANG, Rolando. *Op. cit.* Pág. 69.

un requerimiento a reconocer la pretensión de la parte, el mandato es una decisión anticipada del juez en mérito de lo alegado por la parte demandante, tomando en cuenta la fuerza de la prueba genética, que ofrece la suficiente certeza de lo demandado.

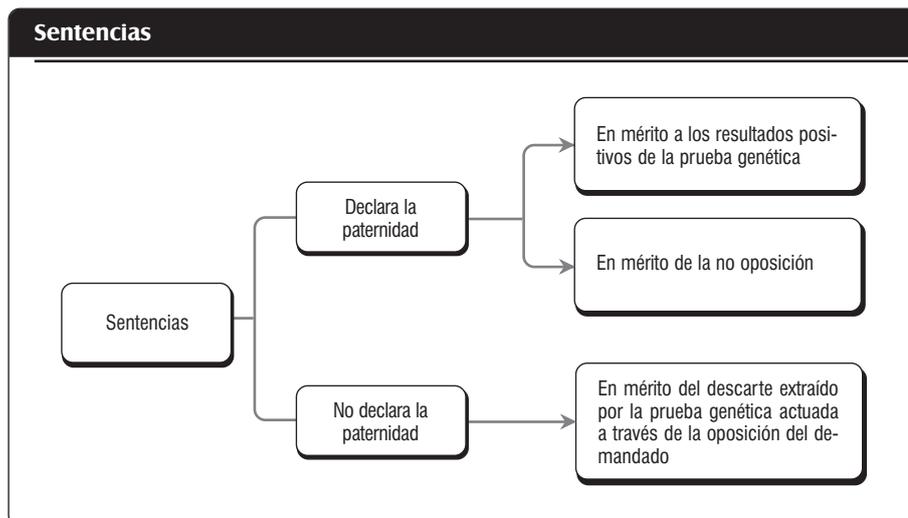


Tal como sucede en el proceso ejecutivo, el mandato de paternidad es una resolución judicial compleja⁽⁴⁴⁾. Es un auto que al notificarse da inicio al proceso. No es un acto de ejecución forzada de la prueba de ADN, todo lo contrario, es una forma de coerción, pues el mandato conlleva una exhortación al sometimiento a la prueba biológica; de no realizarse en el plazo indicado se decretará la paternidad. Sus efectos son expectaticios, están sujetos a una condición suspensiva de que la prueba no sea realizada en plazo estipulado o, llevada a cabo, confirme el *nexum gens* (podríamos plantear que se trate también de una condición resolutoria, en fin).

El mandato y sus consecuencias

(44) Término utilizado por Herrera Navarro refiriéndose al mandato ejecutivo. Vid. HERRERA NAVARRO, Santiago. "Proceso de ejecución". Normas Legales. Trujillo, 2002. Pág. 29

Contenido del mandato	<p>Como acto procesal, el mandato de paternidad debe contener:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Una parte expositiva, una considerativa y una dispositiva. - Intimación al sometimiento a la prueba genética. - Plazo para su realización. - Apercebimiento de declararse la paternidad.
El ADN confirma	<p>3.4. Declaración de paternidad. Sentencia</p> <p>Las sentencias en estos procesos pueden tener varios tipos de fallos.</p> <p>Declara la paternidad:</p> <ul style="list-style-type: none"> - En mérito a los resultados positivos de la prueba genética. En esta sentencia la verdad real coincide con la verdad formal. El ADN contribuye eficazmente en el establecimiento de la relación parental.
No se ejerce derecho de oposición	<ul style="list-style-type: none"> - En mérito de la no oposición. Transcurrido el plazo y no habiéndose opuesto y llevado a cabo la pericia por causa injustificada, el mandato se convierte en declaración de filiación. Sin certeza de paternidad, solo por la no realización de la bioprueba se



dicta sentencia. Parece un fallo sin contenido, pero no es así. Es la sanción por no colaborar con la verdad. La filiación en estos casos se establece no por el ADN, sino por una presunción legal. Se elimina la certeza científica que proporciona la prueba genética, subsistiendo la incertidumbre, como dice Martel Chang⁽⁴⁵⁾.

No declara la paternidad:

- En mérito del descarte extraído por la prueba genética actuada a través de la oposición del demandado.

Por otro lado, la sentencia declara el nexo filial teniendo como sustento el aspecto biológico, la esencia genética que se encuentra fundamentada en la prueba de ADN la que, habiéndose o no realizado, es la razón de ser de este nuevo proceso. La motivación de estos fallos no debe ser exhaustiva ni referirse a hechos, que pueden existir, solo debe merituar los resultados de la pericia y fallar la paternidad. La discreción del magistrado se transforma en convicción. El grado de efectividad de la pericia genética es reconocido unánimemente incluso en los sistemas más tradicionales o conservadores como el boliviano, cuando refiere que las pruebas biológicas representan un “elemento probatorio que otorga al juzgador una convicción plena para dirimir la pretensión y la controversia jurídica de paternidad”⁽⁴⁶⁾.

El ADN descarta

**Contenido de la sentencia:
la motivación**

**Discrecionalidad
del juez**

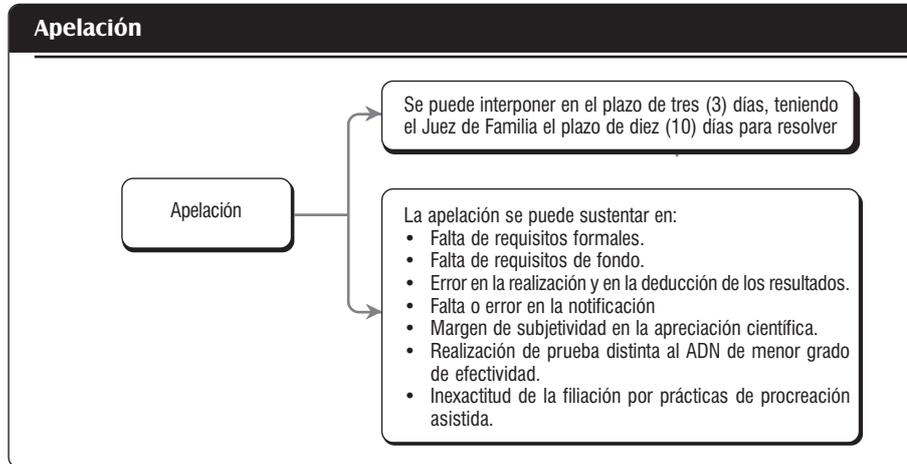
3.5. Apelación

En mérito de la pluralidad de instancia⁽⁴⁷⁾ cabe la apelación respecto de la declaración de paternidad en el plazo de tres (3) días, teniendo el Juez de Familia diez (10) días para resolver.

(45) MARTEL CHANG, Rolando. *Op. cit.* Pág. 70.

(46) PAZ ESPINOZA, Félix. “Derecho de Familia y sus instituciones”. 2ª edición. G.G. Gráfica. La Paz, 2002. Pág. 340.

(47) “TERCERO.- En el proceso de reconocimiento de filiación de paternidad extramatrimonial se cumple con el *principio de pluralidad de instancias* con el pronunciamiento del Juez de Primera Instancia respecto a la resolución pronunciada por el Juzgado de Paz Letrado”. Acuerdo por unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de junio de 2005.



Como está redactada la norma, la apelación es una facultad expresa reconocida al demandado a efectos de contradecir la sentencia que lo declara padre.

La (in)necesaria apelación y el derecho a la doble instancia

¿Qué sucede cuando la sentencia es adversa a la parte demandante? En otras palabras, cuando la oposición se declara fundada ¿Cómo queda el principio de doble instancia? Cabría decir que la sentencia que descarta la paternidad (aquella que declara fundada la oposición) es inapelable o es que la contundencia de la prueba genética elimina el derecho de defensa. La misma pregunta se plantea Ariano Deho cuando sostiene que “el legislador en un arranque de ‘garantismo’ establece que la declaración judicial de filiación es apelable, pero es ‘garantismo’ a medias, pues se olvida de la resolución que declara fundada la oposición ¿Será también apelable?”⁽⁴⁸⁾. Sin duda que sí –lo afirmamos tajantemente– en razón de que como recurso impugnatorio se tiene un legítimo derecho al mismo; el hecho es encontrarle el fundamento para su procedencia.

Varias preguntas saltan a la vista: ¿Qué puede alegarse en este tipo de apelación?

(48) ARIANO DEHO, Eugenia. *Op. cit.* Pág. 68.

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

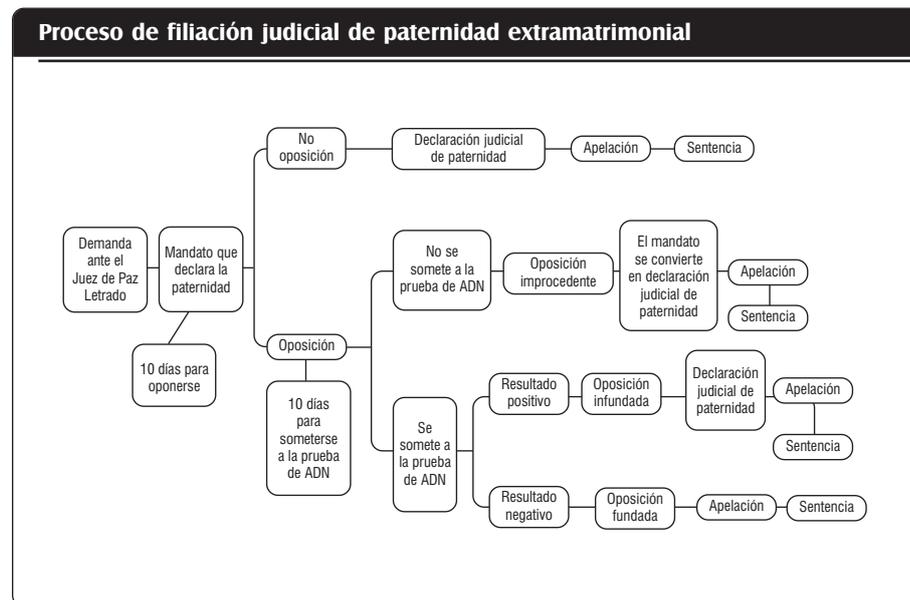
Pueden ser varias las razones:

- Falta de requisitos formales.
- Falta de requisitos de fondo.
- Error en la realización y en la deducción de los resultados.
- Falta o error en la notificación.
- Margen de subjetividad en la apreciación científica.
- Realización de prueba distinta al ADN de menor grado de efectividad.
- Inexactitud de la filiación por prácticas de procreación asistida.

**Casos en que
procedería la
apelación**

3.6. Procedimiento. Resumen

El proceso y sus actos se pueden resumir de la siguiente manera:



El proceso es sencillo, por demás escueto y de fácil realización. Implica la simplificación de procesos en aquellas pretensiones que ameritan ser defendidas de forma eficaz cuando exista un medio de probanza de garantía.

CAPÍTULO III
ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL
NUEVO PROCESO DE FILIACIÓN

CAPÍTULO III

ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL NUEVO PROCESO DE FILIACIÓN

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

La inquietud por la modernización y remozamiento de la filiación fue preocupación de siempre. El Código Civil de 1984 no previó los avances biocientíficos regulándose un sistema desfasado con la realidad. Perduró durante los años sin hacer caso de las necesidades poblacionales llevando a un estado de fosilización al derecho de la filiación. La reforma, aunque no integral ni la más deseable, demoró 21 años; tiempo más que suficiente para analizar todo lo escrito y disertado al respecto e, incluso, gran parte fue producto de una labor académica y jurisdiccional a la que se suma el espíritu de los Plenos Jurisdiccionales de Derecho de Familia.

Es en el verano del 2004 que mediante una iniciativa legal en las propuestas de la Ceriajus, Comisión especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia⁽¹⁾, se proyecta la necesidad y se desarrolla un texto normativo que detallaba el proceso especial de filiación.

**El largo proceso
de reforma de la
filiación**

**La Ceriajus fue el
medio más adecuado
y políticamente
propicio para la
reforma**

(1) Ley N° 28083, mediante la que se crea la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia - CERIAJUS. Su finalidad fue elaborar el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. Como indica el artículo 1, este Plan debía contener una propuesta global y concertada de reforma de la administración de justicia.

**La apaternidad
es un problema
social que el
Estado debe
resolver**

El fundamento fue:

“La propuesta procura enfrentar de manera expeditiva, económica y equitativa uno de los problemas sociales más graves y extendidos en el país. Casi un millón y medio de personas tienen directa o indirectamente problemas de filiación extramatrimonial. La idea ha sido contar con un procedimiento propio que respetando los derechos de los involucrados, pero utilizando medios coercitivos y eficaces, permita alcanzar justicia de manera oportuna”⁽²⁾.

La filiación es un problema muy sensible, humano de por sí, que el Estado debe asumir con responsabilidad regulando legalmente la formalización del nexo filial de las personas, en especial los lazos de paternidad⁽³⁾. La cifra es abrumadora, existe un millón de niños sin un padre que los hayan reconocido. Niños sin identidad plena, con vivencias y experiencias compartidas solo en una línea familiar, la materna. En estos casos nada se conoce de él, vale decir del padre, menos sus ascendientes paternos, “fuera de mi madre..., no tengo noticia de ninguno de mis ascendientes, si no es de Adán, cuyo parentesco me parece indiscutible” (*Trafalgar*, Benito PÉREZ GALDÓS). Futuros ciudadanos que crecerán con un estigma, con una herida que el Estado no supo curar en el momento adecuado, en la niñez. La paternidad es una exigencia, debe ser asumida de forma instantánea, casi conjuntamente con el nacimiento, no tiene por qué aguardar. La vida no espera, continúa.

En el planeamiento estratégico de Ceriajus se desarrolló una ficha matriz para esta materia con el siguiente contenido:

- (2) Documento político de la Ceriajus. Se consideró un plazo: 2004-2005, el que como puede verse, se cumplió.
- (3) En un tribunal argentino se argumentó “negar la realización de la prueba importaría desconocer lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño, circunstancia que podría ocasionar la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, toda vez que la prueba ordenada aparece como medio para poner pronta y eficaz solución a la situación del menor”. CSJN, 4-12-95. *Cfr.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “El Derecho de Familia en la República Argentina del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos”. En: *Revista de Derecho Comparado*, N° 10. Derecho de Familia. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2004. Pág. 33.

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Proceso especial de filiación	
Breve descripción del problema a ser afrontado	Las acciones de filiación se tramitan vía proceso de conocimiento, lo que implica que sea un proceso demasiado largo y engorroso para garantizar las pretensiones alegadas. Las partes pueden valerse de un sin número de recursos para dilatar el proceso, sumando el hecho de que los plazos establecidos por el Código son los más amplios que se preveen. No se ha considerado legalmente la validez de la prueba de ADN, la que debe ser actuada necesariamente en este tipo de procesos.
Propuesta y objetivos	Hacer más expeditivo y aligerar la duración en el trámite de los procesos de filiación proponiendo su tramitación vía proceso especial. Este proceso se caracteriza por tener un rápido resultado. Sus actos procesales son: demanda, oposición (fundada, infundada), sentencia, apelación.
Resultados esperados	<ul style="list-style-type: none"> - Defensa del derecho a la identidad - Efectividad y resultados - Descarga en los procesos de conocimiento
Instituciones involucradas	Congreso de la República Poder Judicial
Actividades / Plazo de acción	Reforma del Código Procesal Civil Reforma del Código Civil

Esta propuesta normativa es asumida luego como proyecto legislativo⁽⁴⁾ por varios congresistas, plasmada recién el 8 de enero de 2005 en la Ley N° 28457⁽⁵⁾.

(4) Proyecto N° 10772/2003-CR, 9/06/2004. "Paternidad extramatrimonial / Proceso de filiación". Sumilla: Propone regular el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial. Proponente: Alcides Chamorro. Proyecto N° 10919/2003-CR, junio de 2004, "Código de los Niños y Adolescentes: 182 / Proceso de filiación de paternidad". Sumilla: Propone modificar el artículo 182 del Código de los Niños y Adolescentes, referente a la vía procesal especial para filiación. Proponente: Yonhy Lescano Anchieta tomando como base lo aprobado por la Ceriajus. Proyecto N° 11536/2004-CR, 23/09/2004, "Filiación extramatrimonial". Sumilla: Propone la ley que establece el proceso de filiación extramatrimonial. Proponente: Fausto Alvarado Dodero. Los tres congresistas fueron miembros de Ceriajus. El segundo fue gran impulsor de esta ley; el último dio el do de pecho en el proyecto de reforma del sistema de justicia.

Asimismo, otros proyectos buscaron sumarizar el proceso de filiación: Proyecto N° 10312, 7/04/2004, "Filiación extramatrimonial / Sumariza el proceso". Sumilla: Propone sumarizar el proceso de filiación extramatrimonial. Proyecto N° 7471, 3/07/2003, "Código Procesal Civil: 546,547 / Proceso sumarísimo de filiación extramatrimonial". Sumilla: Propone modificar los artículos 546 y 547 del Código Procesal Civil, referente a que es procedente tramitar como proceso sumarísimo la filiación extramatrimonial. Proyecto N° 5781, 3/03/2003, "Código Procesal Civil: 546,547 / Trámite sumarísimo / Filiación extramatrimonial". Sumilla: Propone modificar los artículos 546 y 547 del Código Procesal Civil, e incorpora al trámite sumarísimo a la filiación extramatrimonial.

(5) Curiosamente, esta ley no fue promulgada por el Presidente de la República, Alejandro Toledo Manrique, lo que determinó que el Congreso ordenara su publicación y cumplimiento. Parece absurdo que una ley con tanta trascendencia no haya contado ni con la aprobación o, al menos, observación alguna del primer mandatario. Puede presumirse que el caso judicial seguido en su contra sobre declaración judicial de paternidad, que terminó en una transacción reconociendo a Zarái Toledo Orozco, dejó una huella en él. Mayor referencia del caso *Vid. Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 8. N° 40. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2002.

Es importante tener en cuenta tres cosas:

**Sumarización
de los procesos
de filiación**

Primera.- Junto con la propuesta de proceso especial previamente se había discutido la posibilidad de sumarizar el proceso. Sobre el particular presentamos una que se basaba en que los procesos de filiación extramatrimonial debían seguirse en la vía sumaria para lo cual diseñamos y propusimos el siguiente texto modificatorio del Código procesal civil:

Legislación

**TÍTULO III
PROCESO SUMARÍSIMO
CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 546.- PROCEDENCIA.- Se tramitan en proceso abreviado los siguientes asuntos contenciosos:

...

9. La acción de reclamación de la filiación extramatrimonial
10. Los que señale la ley

Artículo 547.- COMPETENCIA.- ...

(último párrafo)

En los casos del inciso 9 son competentes los jueces de familia
(...)

**SUBCAPÍTULO 7º
RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

Artículo 607 A.- APLICACIÓN SUPLETORIA.- La pretensión de reclamación de la filiación extramatrimonial se sujeta a las disposiciones del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en este Subcapítulo.

A criterio del Juez, y según la complejidad del asunto, el proceso de filiación podrá ser tramitado vía proceso abreviado lo que será decretado en resolución debidamente motivada, la misma que se expedirá sin citación del demandado y no admitirá recurso alguno.

Artículo 607 B.- COMPETENCIA.- Las acciones de reclamación de la filiación extramatrimonial se tramitan ante el juez de familia. Corresponde el conocimiento del proceso al juez del domicilio del demandante o del demandado a elección de éste.

El juez rechazará de plano cualquier cuestionamiento a la competencia por cuestión de territorio.

Artículo 607 C.- INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.- El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Subcapítulo, y, como tal no emite dictamen.

Artículo 607 D.- ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.- Se puede demandar acumulativamente la rectificación de nombre y la indemnización por daños.

Artículo 607 E.- PARTES EN EL PROCESO.-

En las acciones de reclamación de la filiación extramatrimonial:

1. Deben ser demandadas las personas cuya filiación sea reclamada. En caso de fallecimiento la acción se dirige contra los herederos.
2. La acción que corresponde a una persona podrá ser ejercida por sus herederos en la medida que hubiera fallecido.

En ambos casos los herederos pueden continuar la acción iniciada.

Artículo 607 F.- POSESIÓN DE ESTADO Y LEGITIMACIÓN ACTIVA

La posesión constante de estado faculta a aquel que tenga legítimo interés a iniciar la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial.

En todo caso, la acción sólo corresponde al hijo, a la madre o al padre.

La acción de reclamación de la filiación extramatrimonial puede ser ejercida antes del nacimiento.

Artículo 607 G.- MEDIDAS CAUTELARES

El juez puede adoptar las medidas cautelares pertinentes sobre la persona y los bienes de las partes.

Artículo 607 H.- MEDIOS DE PRUEBA, ADMISIÓN Y ACTUACIÓN

En las acciones de reclamación de la filiación extramatrimonial se admitirá toda clase de pruebas, incluso las biológicas o de marcadores genéticos, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte.

En el auto admisorio el juez ordenará la actuación de la prueba genética.

La parte que ofrece la prueba debe cubrir el costo de la misma, valor que será reembolsado por el condenado en filiación.

Artículo 607 I.- EFECTOS DE LA NEGATIVA INJUSTIFICADA

La negativa injustificada al sometimiento a la prueba genética será apreciada por el juez de acuerdo a la calidad de quien se resista, tomando en cuenta las pruebas presentadas y la conducta procesal de la parte.

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Segunda.- En el Informe final de la Ceriajus se presentó, además del proyecto de reforma constitucional del capítulo de justicia, 52 propuestas normativas de las que aproximadamente 24 se acompañaron con los respectivos proyectos de ley⁽⁶⁾. El Congreso de la República priorizó el debate habiendo emitido a la fecha 13 leyes en total, de las cuales 11 corresponden a las 52 propuestas indicadas y dos son parte del paquete de medidas urgentes propuestas por la Ceriajus⁽⁷⁾.

Labor legislativa
de la Ceriajus

Tercera.- Finalmente, se aprobó el proceso especial que fuera esbozado, preparado y sustentado por el profesor Juan Monroy Gálvez bajo la siguiente estructura:

Propuesta
legislativa

Propuesta legislativa

Artículo 1. Demanda.- Quien tenga interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días, el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad.

Artículo 2.- Oposición.- La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba de biológica o de marcadores genéticos dentro de los diez días siguientes a la fecha en que el demandante preste garantía por el costo de la prueba. Si transcurridos los diez días desde la notificación de la prestación de garantía, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad.

Artículo 3.- Oposición fundada.- Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada, se ordenará que el oponente se haga cobro de la prueba con la garantía respectiva y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso.

Artículo 4.- Oposición infundada.- Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad, se ordenará la devolución de la garantía al demandante y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso.

Artículo 5.- Apelación.- En este procedimiento sólo es apelable el auto que resuelve la oposición. El recurso será concedido sin efecto suspensivo.

(6) Como lo recuerda LA ROSA CALLE, Javier. “¿Y cómo va la reforma de la justicia promovida desde Ceriajus?”. En: *Justicia Viva Mail*. Instituto de Defensa legal. PUCE. N° 179, 11 de abril de 2005.

(7) CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Comisión Especial de Estudio del Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. Informe preliminar. Octubre, 2004 - abril, 2005. Presidente Fausto Alvarado Dodero.

Cuadro comparativo		
	Propuesta de la CERIAJUS	Ley N° 28457
Notificación	----	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
Costo de la prueba	El demandante presta garantía por el costo de la prueba	El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar auxilio judicial
La prueba	Prueba biológica o de marcadores genéticos	Se restringe la prueba exclusivamente al ADN
Apelación	Solo es apelable el auto que resuelve la oposición	Establece plazos para interponer y resolver la apelación
Realización del ADN	----	El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo
Disposiciones complementarias	----	Incorpora 4 disposiciones complementarias: - Modifica el Código Civil - Modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial - Modificación o derogación de las disposiciones que se opongan - Adecuación de los procesos en trámite

2. JUSTIFICACIÓN DEL NUEVO PROCESO

El sustento del proceso es la efectividad del ADN

Lo decimos una vez más, la justificación para formulación y aprobación de este proceso fue la contundencia de la prueba de ADN. Los resultados efectivos que de ella pueden obtenerse para establecer quién es el padre no merecen mayor discusión. Si certeza existe en la prueba de la pretensión a invocarse, el proceso debe ser ágil, de prontitud y eficacia en mérito de lo reclamado.

Con esta base y en virtud al *bonum filii*⁽⁸⁾ se buscó dar solución al incremento cada vez mayor de madres solteras, la irresponsabilidad de los progenitores, lo dificultoso de los procesos de paternidad (largos, costo-

(8) Se ha mencionado con solvencia que el interés del niño tiene tanta importancia que ha sido adjetivado como “superior”, “exclusivo”, “prevalente”, “objeto de primaria consideración”. POCAR, Valerio y RONFANI, Paola. “La famiglia e il Diritto”. Laterza. Roma, 2003. Pág. 157. Con la misma opinión el magistrado ecuatoriano Márquez Matamoros nos da a entender que el interés

sos, tanto más que la angustia de los litigantes) y a la gran cantidad de niños sin padre (por sobre encima del millón). A pesar de las evidencias fácticas no se sabía el desenlace en los tribunales, se esperaba sin pena ni gloria sea cual fuera el resultado (“si sale con barbas, San Antón; si no la Purísima Concepción”). Niños sin sonrisa, quizá con una que otra arrancada de momentos. Con mejillas surcadas por lágrimas saladas, tristes, dolorosas por no tener un padre. Su ternura olvidada, resquebrajada una parte de su ser. La vida de un niño sin padre se transforma en un retrato difícil de definir (“Jamás he realizado un retrato que esté riendo o llorando, estos son elementos pasajeros. La ternura no, la ternura es una forma estructural del ser”, GUAYASAMÍN, Oswaldo: *Volti rostros*, Quito, Editalia, 1998).

La vía crucis de la investigación filial

Más que un problema legal –como lo he querido dejar en claro al final del párrafo anterior– la filiación es un drama social que echa sus raíces en la comunidad mereciendo ser afrontado con prontitud y rectitud por la ley tomando en cuenta el interés familiar y sobre todo del niño. Con claridad Montoya Chávez escribe que “el interés del niño debe ser concebido como una exigencia para que las autoridades no se queden en el dictado de normas o políticas gubernamentales en abstracto, sino que deben velar porque el estricto cumplimiento de ellas redunde en los niños y adolescentes, responsabilidad también aplicable a la comunidad”⁽⁹⁾. La jurisprudencia local a mediados de los noventa entendió la realidad del

superior del niño aporta dos lecturas: una *individual* (protegiéndole a él) y otra *colectiva* (lograr la paz social) MÁRQUEZ MATAMOROS, Arturo. “Legislación internacional sobre derechos de los niños. Aplicación y obligatoriedad en el Ecuador”. Abya-Yala. Quito, 2000. Pág. XVIII. Como principio resulta un as con doble cara, en beneficio de uno y en perjuicio de otro. Como diría Kemelmajer, el interés superior del niño es prácticamente “un cheque en blanco” que permite un libre y casi absoluto accionar en defensa de los la niñez. Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.* Pág. 9.

(9) MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo: “La tutela constitucional de los menores en abandono”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 138. Gaceta Jurídica. Lima, mayo de 2005. Pág. 150.

**La necesaria
aplicación
del ADN en los
procesos filiales**

problema y consideró la necesaria aplicación de la prueba de ADN, es decir, que sea decretada por el juez bajo nulidad de lo actuado, en los siguientes términos:

“La prueba de ADN, permitida por el artículo cuatrocientos trece del Código Civil elimina cualquier duda sobre la paternidad; que habiendo aceptado el demandado la realización de esta prueba científica, debió ordenarse de oficio a cuenta y costo de dicho demandado; que por economía procesal la Corte Superior puede ordenar la realización de dicho medio probatorio”⁽¹⁰⁾.

Razonamiento que establece la nulidad de la sentencia de vista, disponiendo que la Corte Superior expida nuevo fallo, ordenando previamente la realización de la prueba de ADN. Igual tendencia se sigue a fines de los noventa en Brasil bajo el argumento que sostiene que no se admite un juzgamiento de la investigación de paternidad sin agotar la posibilidad de confirmar la filiación por el ADN⁽¹¹⁾. Todo lo de más se explica por sí solo.

3. IMPORTANCIA DE LA NORMA

Como mencionáramos en su oportunidad⁽¹²⁾, este proceso especial de filiación acaba con todo, restringiendo —por otro lado— aquellos actos procesales dilatorios como las excepciones, tachas a las pruebas, farragosas contestaciones de demanda, más aún no hay

- (10) Exp. N° 34-96-Lima, Corte Suprema de Justicia. Vid. “La prueba de ADN”. En: *Cuadernos Jurídicas*. Suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia. Año 4, N° 37. Gaceta Jurídica. Lima, julio de 2004. Págs. 43 y 44.
- (11) Cfr. RODRÍGUEZ, Silvio. “Direito Civil, Direito de Familia”. 27ª edición atualizada por Francisco José Cahali. Volumen 6. Saraiva. Sao Paulo, 2002. Pág. 374.
- (12) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “El nuevo proceso de filiación. En el nombre del padre”. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano. Año 2, N° 30. Lima, 25 de enero de 2005. Pág. 8; “En el nombre del padre. El ADN: un tsunami genético que arrasó con el formulismo procesal”. En: *El Comercio*, Lima, 26 de febrero de 2005, A. 5. Asimismo, en: *La Ley*. Año LXIX, N° 53. Buenos Aires, 16 de marzo de 2005. Págs. 1 y 2.

audiencia⁽¹³⁾. Acaba en sí con la negativa para no someterse a la prueba (siempre se encontraba alguna), apercebimientos, alegatos, informes orales, incluso no procede la casación (al iniciarse el proceso ante juez de paz letrado y concluir ante el especializado). Todo esto se acabó. En fin, es toda una revolución procesal que debe ser entendida en la dimensión del problema que busca afrontar. La suerte o albur a la que muchos demandados en paternidad encomendaban su defensa queda de lado para hacer frente a una investigación objetiva, directa.

La pretensión de filiación baja al llano gracias al ADN. Un futuro prometedor: todos los hijos con un padre. Como debe de ser, como la naturaleza lo exige. Sin entrar en un estudio teogenético, al estilo de José Saramago (*El Evangelio según Jesucristo*), salvando las distancias y como referencia, recordemos que solo Adán y Cristo carecieron de padres terrenales, como nos lo recuerdan las Sagradas Escrituras. El hombre con su ciencia trae a la realidad estos relatos bíblicos con matices biotecnológicos como la clonación, la partenogénesis, en fin. No es lo óptimo, pero a eso vamos. Un niño sin padre, aunque científicamente sea posible, socialmente es inaceptable. La ley de filiación –esta que analizamos– nos ofrece una solución que no hace más que reconocer la fuerza de los genes por sobre el formulismo legal. El criterio normativista, la rigurosidad y apego a los principios jurídicos ceden frente al imperio de la protección inmediata de una persona para contar con un padre. Lo contrario implica desconocer un escenario

**Del dilatado
proceso de
paternidad a la
concesión del
actual proceso**

**Tener un padre
es la regla,
desposeerlo es la
excepción**

(13) “QUINTO.- *No es necesaria la realización de una audiencia por cuanto se desnaturalizaría el trámite.* Debe tenerse en cuenta que la naturaleza de la prueba científica es irrefutable, por tanto no es necesaria la explicación del dictamen pericial en Audiencia” (las cursivas son nuestras). Acuerdo por unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de junio de 2005. Cierta sector de jueces opina lo contrario dada la importancia del proceso: “Si en el proceso se produce la prueba pericial de ADN, debe debatirse dicha pericia en una Audiencia, para garantizar el debido proceso. El trámite establecido para estos casos transgrede el derecho constitucional al Debido Proceso en lo referido a la garantía de que todo fallo judicial debe ser suficientemente motivado”. Motivos no acogidos por el Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de junio de 2005.

**Hacia los padres
de ley o aquellos
de corazón**

que está frente a nosotros y al lado de la verdad. Todos, biológicamente hablando, tenemos un padre y una madre, no existe justificación para carecer de uno o de otro. Ningún hijo es del viento o de la aurora⁽¹⁴⁾, todos tenemos un anclaje, unas raíces. Más allá de la ley, de su imperio, habría que buscar sensibilizar las relaciones humanas encontrando el espíritu de la norma, padres de ley sin compromiso moral no es tampoco lo que buscamos.

**La verdad
biológica**

Al menos 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. Esto último es, qué duda cabe, discutible.

**La identidad:
¿verdad biológica
o verdad social?**

Decimos discutible, a la par que riesgoso, porque en el fondo las relaciones humanas representan un elemento que no puede ser desconocido al momento de fallar una paternidad. Con esta corriente se manifiesta que “se estima hoy insuficiente el planteo del puro dato genético como elemento único y excluyente para conformar la relación de filiación; y en este sentido, son discutibles las posturas biologistas extremas que han esbozado algunos autores. Con dichas tesis, quiérase o no, se degrada la naturaleza del hombre a su sola esencial animal, desconociendo que la criatura humana representa fundamentalmente un ser cultural y social”⁽¹⁵⁾. Sin duda que este planteamiento merece una reflexión seria en la que se pueda conjugar con un verdadero “interés” la identidad genética (los genes) y la identidad dinámica (la vida) de la persona, trayendo a colación la vieja pregunta: ¿Cabe colocar en la balanza la verdad biológica con la verdad sociológica? La doctrina brasi-

(14) VALLE, Gabriel. “Ética e Directo”. Síntese. Porto Alegre, 1999. Pág. 28.

(15) MIZRAHI, Mauricio Luis. “Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica”. En: *La Ley*, Tomo 2004 E. Sección Doctrina. Pág. 1198.

lera⁽¹⁶⁾ lo discute ampliamente y fija un posición por la verdad cultural y social, además de ser reconocido por su moderno Código civil⁽¹⁷⁾.

4. (SIGUE) DE SUS OPOSITORES Y LOS SUPUESTOS DERECHOS VIOLADOS

Como de costumbre no faltan opositores a la ley de intimación de paternidad. Sostienen, como es el caso de Plácido Vilcachagua, con un personal razonamiento amparado en el Derecho Constitucional que los medios propuestos por la ley resultan *restricciones gravosas de los derechos a la intimidad y a la integridad* del presunto progenitor dado que, prácticamente, con el dicho de la parte demandante se declarará una paternidad y se impone una obligatoria actuación de la prueba de ADN para oponerse al mandato de paternidad⁽¹⁸⁾ lo que vulnera el derecho a la defensa, y es por ello inconstitucional⁽¹⁹⁾.

**Supuestos
derechos
vulnerados con
la aplicación
del proceso**

Céspedes Suzuki, en la misma corriente, alega que “(...) la realización de la prueba pericial de ADN puede implicar la vulneración de derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad (intimidad genética), el derecho a la integridad física e, incluso, el derecho a la libertad personal, puesto que todo individuo tiene dere-

(16) La discusión en la teoría brasilera, por demás interesante, menciona que: “O uso do exame de DNA em caráter determinante para o reconhecimento de filiação peca no sentido de tornar a filiação simples laço biológico desprovido de emoções e sensações”. Cfr. GRUNWALD, Astried Brettas. “Laços de família: critérios identificadores da filiação”. En: *Jus Navigandi*. Nº 112. 24/10/2003. Disponible en: <http://www.jus.com.br>. Acceso el 30/05/2005. Asimismo, CAMBI, Eduardo: “O paradoxo da vedade biológica e sócio-afetiva na açã negatoria de paternidade, surgido com o examen de DNA, na hipótese de adoçã à brasileira”. En: *Revista de Directo Privado*. Nº 13. Janeiro, marco de 2003. Pág. 85 y sgtes. ZENO Veloso. “A sacralização do DNA na investigação da paternidade”. En: *In grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação* (coord. Eduardo Oliveira Leite). Pág. 388. Citado por PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Instituições de Directo Civil”. 14ª edição. Vol. V. Forense. Rfo de Janeiro, 2004. Pág. 370.

(17) En Brasil se viene admitiendo la disociación entre la paternidad y la ascendencia genética reconocida a nivel del Código Civil: “artículo 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou adoçã”.

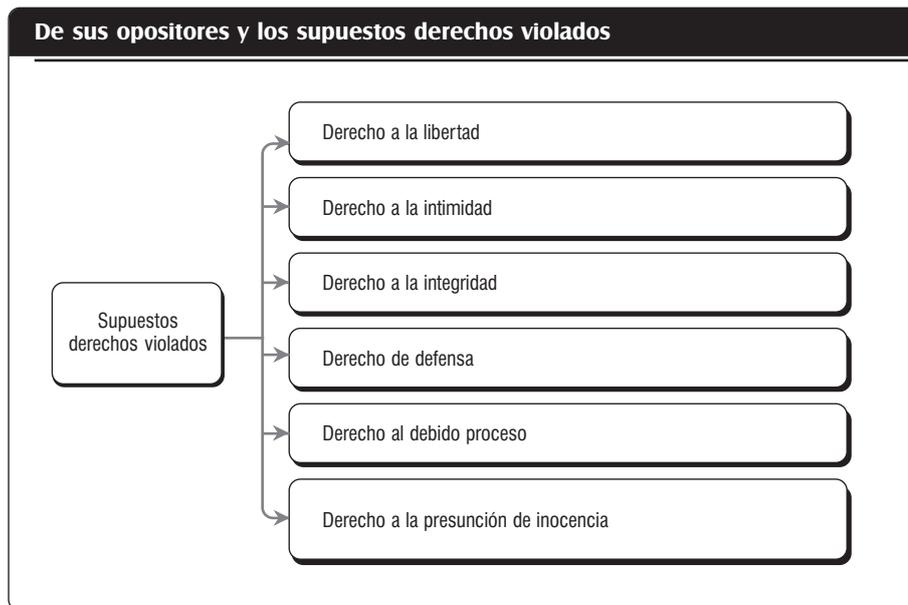
(18) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Creditur virgini pregnant...”, volviendo al ancien droit: a propósito de la Ley Nº 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”. *Op. cit.* Pág. 33.

(19) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Es inconstitucional obligar al demandado a someterse a la prueba de ADN”. En: *Legal Express*. Año 5. Nº 49. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2005. Pág. 19.

cho a oponerse a la ejecución de todo aquello que no le venga impuesto por la ley, ya que carecemos en nuestro ordenamiento de norma específica que obligue al sometimiento a este tipo de pruebas⁽²⁰⁾.

Con razonamiento par tratan el tema Suárez Vargas⁽²¹⁾ y Rodríguez Domínguez⁽²²⁾ quienes, además, alegan que es inconstitucional porque atenta contra la presunción de inocencia (consagrada en el artículo 2, inciso 24, literal e. de la Constitución) lo que resulta desatinado, como veremos luego.

Vayamos por partes.



(20) CÉSPEDES SUZUKI, Erika. *Op. cit.* Pág. 7.

(21) Este autor con críticas no del todo fundamentadas presume: "... la sana y buena intención del legislador de eliminar el ritual habitual en los procesos de esta naturaleza por el asfixiante problema social que generan estos casos y en atención al principio del interés superior del niño y adolescente respecto a su derecho a no contar con la paternidad natural y deseada. Sin embargo, ello no puede ser motivo para estar alejado de la tutela efectiva prevista como garantía constitucional". SUÁREZ VARGAS, Luis. *Op. cit.* Pág. 3.

(22) RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito. *Op. cit.* Pág. 402.

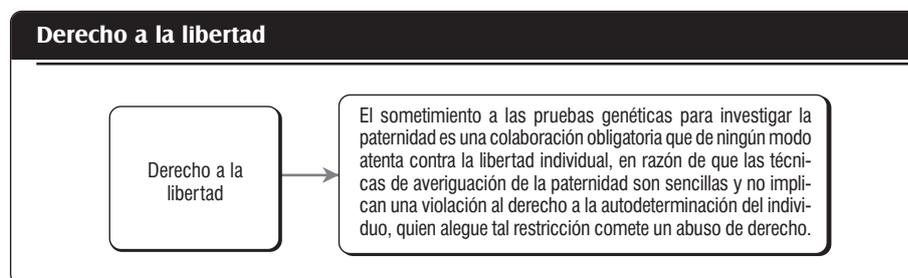
4.1. Derecho a la libertad

La libertad es la facultad de hacer o dejar de hacer aquello que el orden jurídico permita. Digamos, la prerrogativa que tiene la persona de realizar –sin obstáculos– sus actividades en el mundo de las relaciones⁽²³⁾. La única limitación para el ejercicio de este derecho es el no transgredir ni violar el derecho de las demás personas (*hominis ad hominem proportio*⁽²⁴⁾), parámetro asumido por la ley tomando como base al *principio de reserva de la ley* y al *principio de legalidad*. (Mi derecho termina donde empieza el derecho de los otros). Entonces, es la ley aquella que precisa lo que una persona está obligada a *hacer* o en todo caso a *no hacer*⁽²⁵⁾.

Considero, no de ahora sino desde tiempo atrás, que el sometimiento a las pruebas genéticas para investigar la paternidad es una *colaboración obligatoria* que de ningún modo atenta contra la libertad individual, en razón de que las técnicas de averiguación de la paternidad son sencillas y no implican una violación al derecho a la autodeterminación del individuo, quien alegue tal restricción comete un abuso de derecho⁽²⁶⁾. Entiénd-

La autodeterminación

Impuesta por ley, la prueba no viola derecho alguno



(23) BITTAR, Carlos Alberto. “Os directos da personalidade”. 6ª edición. Actualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Forense Universitária. Río de Janeiro, 2003. Pág. 105.

(24) Dante Alighieri anotó “Jus est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servat societatem; corrupta, corrumpit”. Esto es entendido en el sentido de que el Derecho es una proporción real y personal, del hombre para el hombre que, conservada, conserva la sociedad; corrompida, la corrompe, implica establecer un orden entre los seres que viven juntos.

(25) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “El principio de libertad personal y el principio de legalidad”. En: *Suplemento Actualidad. La Ley*. Año LXIX. N° 124. Buenos Aires, 28 junio de 2005. Pág. 2.

(26) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Filiación, Derecho y Genética”. *Op. cit.* Pág. 186.

Derecho a la libertad versus derecho a la identidad

dase claramente que el abuso del derecho es una conducta que se sustenta en un derecho subjetivo que se convierte en antisocial al transgredir un deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad⁽²⁷⁾. Esto encaja de manera precisa a nuestra posición. Mejor aún, como lo hemos confrontado, la jurisprudencia española (tanto del Supremo como del Constitucional) sienta como criterio –compartido– que la imposición coercitiva, forzada de la prueba genésica, viola derechos personales extensamente la libertad individual⁽²⁸⁾. Ciertamente, la libertad se trasgrede *ex officio* con la imposición directa. Al haber sido decretada *ex lege* la bioprueba sería perfectamente realizable. El derecho a la libertad del individuo –por más presunto que sea– no puede superponerse con el derecho a la identidad requerido –de aquel que le falta filiación–. Dicho sea el paso, no es la única ley que impone la realización de exámenes *in corporis*⁽²⁹⁾ (anotamos esto último por si acaso la idea no queda del todo clara).

Criterios encontrados los hay, incluso a nivel jurisdiccional uno de los primeros fallos de la justicia de paz dice:

Fallo judicial que considera una vulneración a la libertad

“**Décimo.**– Con respecto a la vulneración del derecho a la libertad cabe precisar que el segundo artículo de la Ley Veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete conmina indirectamente al demandado a efectuarse la prueba de ADN dentro de los diez días de notificado como única posibilidad para que

(27) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Abuso del derecho”. Astrea. Buenos Aires, 1992. Pág. 178.

(28) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Filiación, Derecho y Genética”. *Op. cit.* Pág. 191.

(29) Una persona puede legítimamente negarse por razones justificadas a una práctica médica alegando su derecho de no acción a efectos de impedir la intervención sobre su estructura biológica. Sin embargo, la ley puede establecer la obligatoriedad a determinadas prácticas sustentando razones de orden público de manera que la autonomía privada y por tanto, el consentimiento de la persona, queda limitado. Tal es el caso de las medidas aplicadas en materia poblacional (vacunación obligatoria, certificado prematrimonial, examen médico obligatorio para el servicio militar, internación de enfermos mentales, ingreso a determinadas zonas del país, entre otros casos) o para efectos de establecer la comisión de ilícitos civiles (dosaje etílico) y, para casos especiales, como la cesión y transfusión de sangre (descarte del VIH o SIDA) o en materia laboral. En estos ejemplos prima el interés social frente al individual. *Cfr.* Mi “Derecho Médico peruano”. Grijley. Lima, 2006. Pág. 170.

se suspenda el mandado [sic], lo que se traduce en una aparente obligación propia del demandado cuando realmente su decisión es consecuencia de la presión del poder estatal a través de la norma en mención que indirectamente lo conmina a someterse a una única prueba para que su oposición al mandato se pueda hacer efectiva, negándosele la posibilidad de que en ejercicio de su propia libertad pueda negarse a someterse a la misma. Aplicar la ley en mención en este extremo se traduce en una coacción del demandado, vulnerándose su libertad, la que está consagrada como derecho en los artículos dos inciso veinticuatro de nuestra Carta Magna, tres de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y siete inciso primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽³⁰⁾.

Nuestra posición no se ajusta al considerando citado. Solo para puntualizar un tema: no puede señalarse que la aplicación de la ley implica una coacción... eso no es así. Coaccionar –jurídicamente hablando– es “obligar” a alguien a realizar lo no querido ¿Acaso esta ley obliga?, no. La ley no obliga. Solo establece como requisito de procedibilidad a la oposición el sometimiento a la prueba de ADN. Mi libertad es un derecho que debo realizarlo pero no puedo sobre ejercerlo ni forzarlo a límites de mi individualidad, de mi provecho personal, o es que estamos dando paso al “super-hombre” de Nietzsche que inventa sus valores, contraría la verdad, el bien común, atenta contra el “ser” humano y sus ideales creyéndose irreverentemente un pequeño dios. La simple decisión de un hombre puede importar el destino de los demás, en estos casos más aún.

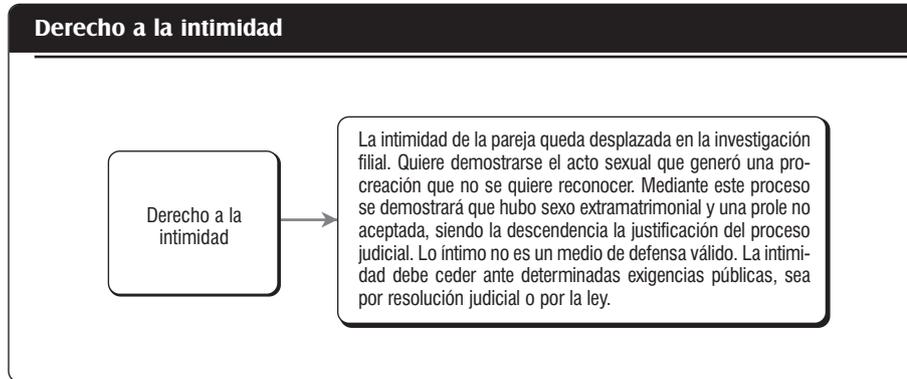
4.2. Derecho a la intimidad

La filiación natural es producto de la procreación que deriva del acto sexual, sin descartar los distintos

¿La aplicación de la ley implica una coacción?

La coacción es obligar, la ley de filiación no lo hace

(30) Exp. N° 180-05. Resolución N° 7 (8/09/2005). Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima. Primer Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón. Jueza Clara Mosquera Vásquez.



La procreación como el acto más íntimo del hombre

medios procreáticos. El acto sexual se desarrolla en lo más íntimo de la vida de las personas, no es un acto público, es lo más privado y reservado del ser humano. En él los amantes expresan *su* lenguaje corporal, integrándose, dándose entre sí, *haciendo el amor*. La entrega de dos está limitada a ellos, son quienes engendrarán un nuevo ser. Como dice Krasnow “la *procreación biológica* nace de una relación entre un hombre y una mujer en el ámbito de lo privado, sin intervención de terceras personas, creándose una vida nueva que es el resultado de la fusión de la historia biológica de sus padres”⁽³¹⁾.

El interés social y el orden público por sobreencima de la intimidad

El acto íntimo generador de vida no puede ser esgrimido como medio de defensa para objetar la pesquisa filial. Por el contrario, es el medio más directo para escudriñar el origen parental. Mizrahi con claridad se encuadra dentro de este razonamiento “El derecho del hijo a obtener su filiación no se inscribe en la esfera de privacidad del presunto progenitor, pues media un *interés social* en que aquel obtenga el emplazamiento que le corresponda, lo cual conlleva a observar una actitud de respeto a los posibles vínculos familiares. Por lo demás, y esto nos parece fundamental, es verdad que el propio accionado dejó de lado su propia intimidad, al

(31) KRASNOW, Adriana Noemí. *Op. cit.* Pág. 1461.

transportar fuera de sí su propio material genético”⁽³²⁾. Con la misma idea y razón la profesora Hernández Díaz-Ambrona considera que “Debe prevalecer el interés social y el orden público inherente a las pruebas sobre el derecho a la intimidad del presunto progenitor y porque entra en juego los derechos de los alimentos y sucesorios”⁽³³⁾.

La intimidad de la pareja queda desplazada en la investigación filial. Lo que quiere demostrarse es el acto sexual que generó una procreación que no se quiere reconocer. Mediante este proceso se demostrará que hubo sexo extramatrimonial y una prole no aceptada, siendo la descendencia la justificación del proceso judicial. Lo íntimo no es un medio de defensa válido, y como queda dicho en más de una oportunidad que la intimidad debe ceder ante determinadas exigencias públicas⁽³⁴⁾ sea por resolución judicial o por la ley. Este es un típico caso. El derecho a conocer el propio origen biológico del hijo tiene una primacía sobre el derecho a la intimidad de los padres⁽³⁵⁾.

**El derecho a
conocer el propio
origen biológico y
la intimidad**

- (32) MIZRAHI, Mauricio Luis. “Identidad filiatoria y pruebas biológicas”. Astrea. Buenos Aires, 2004. Pág. 99. En esta posición cita el autor jurisprudencia y doctrina del Tribunal Constitucional de España, Sala I, 17/01/94, ED. Págs.157 a 259; CS Sfe. 19/09/91, LL, 1992-D536; TSJ Córdoba, Sala Civil y Comercial, 4/05/00, “MN. Recurso directo”, LLC, 2001-22; SC Mendoza, Sala I, 29/08/95-B-546; CNCiv, Sala I, 21/06/01, ED, 194-54; MÉNDEZ COSTA: “Encuadre constitucional del derecho a la identidad”, LL, 1992-D-536; GÓMEZ: “Compromiso del derecho a la intimidad del demandado en la producción de la prueba biológica - en la especie, de la genética ofrecida por el actor en proceso por su filiación”, en: *Derecho de Familia*, N° 11. Pág. 67; MODESTA-SÁENZ: “Algo más sobre el derecho a la identidad”, LL, 1995-A-377; GROSMAN-ARIANNA: “Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”, LL, 1992-B-1193; MEDINA: “Filiación: negativa a realizar pruebas biogenéticas”, JA, 1995-IV-340; ÁLVAREZ: “Alcances de la negativa del padre a someterse a la prueba hematológica en las acciones de reclamación de filiación extramatrimonial”, ED, 124-710; BOSCH (h): “La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas”. *Op. cit.* LL, 2003-B-1116.
- (33) HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores. “Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica”. En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, julio - agosto de 2005. Pág. 51.
- (34) RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan. “Genoma humano y Constitución”. Cuadernos Cívitas. Madrid, 2002. Pág. 125.
- (35) MORÁN DE VICENZI, Claudia. “El concepto de filiación en la fecundación extracorpórea”. Coedición Ara editores y Universidad de Piura. Lima, 2004. Págs. 58 y 60 (nota 79).

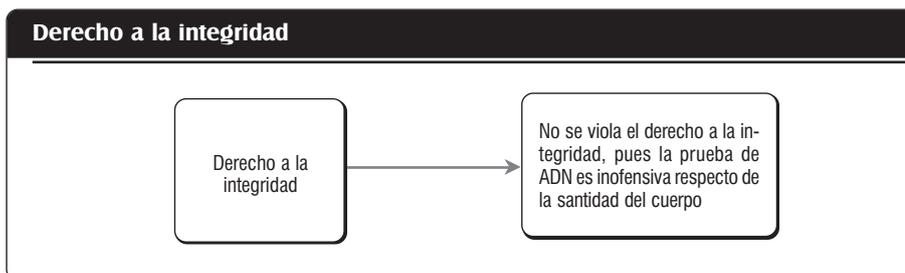
**La prueba de ADN
no es invasiva**

**La integridad
como concepto
y la identidad
como valor**

4.3. Derecho a la integridad

¿Qué integridad puede violarse si la prueba de ADN es inofensiva respecto de la santidad del cuerpo? No requiere de una *inspectio corporis* exhaustiva, no es necesario pinchazo alguno, las muestras de sangre están descartadas. Técnicamente se necesitan solo fluidos, secreciones corporales, cabello, mucosa bucal, simplemente eso. La prueba, con lo expuesto, es mucho menos invasiva en el cuerpo de la persona –a diferencia de lo que sucedía con las otras pruebas heredobiológicas– por lo que no puede calificarse de traumática⁽³⁶⁾.

La más reciente doctrina sustenta que en la disciplina del Derecho de Familia el cuerpo es, a veces, objeto de derechos a pesar que en principio la corporeidad es intangible al proteger intereses privados. (Nada más íntimo que el propio cuerpo). En ciertos casos debe ceder, vale decir, garantizar otros derechos como es el derecho a la identidad que salvaguarda, en última instancia, no solo intereses individuales, sino también públicos y sociales. Es bien común que cada niño tenga un padre. Con esta premisa, y en vista de la importancia de la investigación de paternidad es que, por ejemplo, el legislador de Brasil permite la investigación de oficio de la paternidad⁽³⁷⁾.



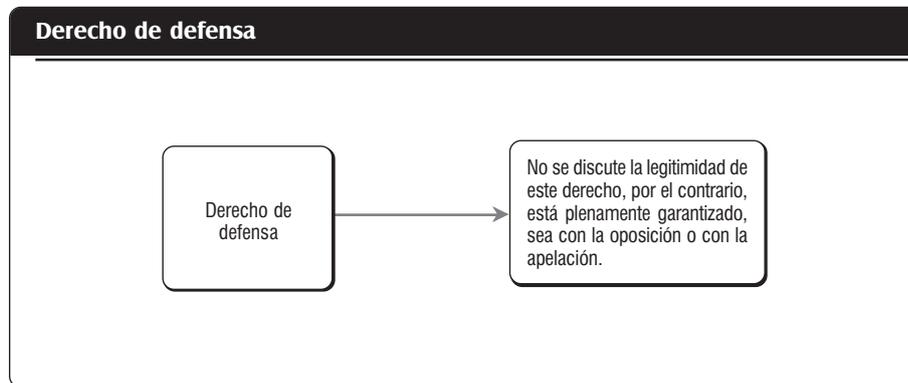
(36) MIZRAHI, Mauricio Luis. “Identidad filiatoria y pruebas biológicas”. *Op. cit.* Pág. 68.

(37) *Vid.* RIZZARDO, Arnaldo. “Direito de Família”. 2ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 2004. Pág. 494. En esta obra se analiza la Ley N° 8560, del 29 de diciembre de 1992, que regula la investigación de la paternidad de los hijos extramatrimoniales.

4.4. Derecho de defensa

No se discute la legitimidad de este derecho, por el contrario, está plenamente garantizado. La razón de las partes no está en discusión, sino que la fuerza de la decisión estará fundamentada en el resultado del ADN. La estructura del proceso va en ese sentido. Los hechos poco importan —ojo, digo poco no nada— es el mérito del documento pericial el que decidirá el proceso. Los derechos del demandado van de acuerdo al principio constitucional del debido proceso y la tutela jurisdiccional (artículo 139, inc. 3 de la Constitución). Su defensa está amparada con el derecho al recurso efectivo⁽³⁸⁾, sea con la oposición o apelación, en fin con todos los medios que la ley admite. Como se mencionó, este procedimiento está sustentado en el principio de la tutela jurisdiccional el cual “es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se obstruya, impida o disuada irrazonablemente”⁽³⁹⁾.

El derecho de defensa, el derecho a la oposición y la tutela jurisdiccional



(38) “Toda persona tiene derecho a un *recurso efectivo*, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”. Conforme al segundo, “toda persona tiene derecho a un *recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (...)” Exp. N° 015-2001-AI/TC; Exp. N° 016-2001-AI/TC; Exp. N° 004-2002-AI/TC.

(39) STC. Exp. N° 010-2002-AI/TC.

4.4.1. Derecho al debido proceso, prueba y derecho de defensa

**El proceso y las pruebas.
Fundamentos de hecho**

Se viene discutiendo en cuanto al proceso en sí, en el modo de actuarse las pruebas y en cuanto si estas limitan a la parte demandada, no así a la demandante que basta su dicho, o mejor, su escrito de requerimiento de paternidad para que se ponga en movimiento el aparato judicial en defensa de sus intereses. Duda queda que la pretensión podría carecer no solo de fundamento sino de base probatoria y que la exigencia de la prueba implicaría una afectación al demandado. En esta línea se ha planteado una resolución judicial:

Criterio judicial

“Undécimo.- Con respecto al derecho al debido proceso hay que señalar que el hecho que con solo presentar una demanda de filiación sin mayor exigencia de la presentación de medio probatorio alguno que pruebe lo afirmado, el Juez, sin que se haya pasado a una etapa probatoria exigida para procesos igual de complejos y trascendentes como lo es uno de las características del que nos ocupa, deba emitir una resolución declarando la filiación demandada, atenta contra el debido proceso en perjuicio del demandado pues el órgano jurisdiccional no exige la presentación de medio probatorio alguno a la demandante, así, no califica ni actúa medio probatorio previo a la emisión de la declaración de filiación que corrobore la sindicación de la demandada efectuada en su primer escrito presentado ante el órgano jurisdiccional respecto a la paternidad de su hijo cuya declaración de filiación demanda, lo que ocasiona la expedición de una resolución que declara la filiación demandada, que de modo alguno es justa para el demandado pues las partes están en desigualdad de condiciones al momento de recurrir al órgano jurisdiccional. Otro aspecto atentatorio contra el debido proceso es el hecho que se limita el uso de medios probatorios por el demandado pues la única prueba admitida en estos procesos es la prueba de ADN⁽⁴⁰⁾ .

(40) Exp. N° 180-05, Resolución N° 7 (8/09/2005). Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima. Primer Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón. Jueza Clara Mosquera.

Hemos sostenido que el fin de este proceso de paternidad justifica su diseño procedimental especial, economizando al máximo la labor de las partes, tecnificando la faena del juez y dejando a la ciencia sustentar las pretensiones bajo la convicción que no hay nada más seguro que la experticia de ADN para indagar el origen familiar. La situación que se presente la demanda con “simples” invocaciones no le resta contenido a que como fundamentos de hecho sean despreciados, desconsiderados. Y es que toda demanda debe tener una explicación, una parte que exponga lo sucedido. La demanda que dé inicio a este proceso debe, necesariamente, exponer lo acontecido en sólidos fundamentos de hecho para que tenga la calidad de pretensión y cumpla con el requisito de ley (artículo 424 inciso 6) bajo sanción de su inadmisibilidad (artículo 426 inciso 1).

Fundamentos de hecho y tecnicismo del proceso

Claro, a pesar de ello quedan algunas situaciones por discutirse. El proceso para muchos no es el más adecuado ni pertinente dada la importancia de la pretensión, como se ha sostenido “tratándose de un derecho tan importante como es la filiación, que además va a significar la imputación de una paternidad que va a generar obligaciones para el padre y del que van a nacer derechos para el hijo, el proceso adoptado por la norma *no parece ser el más adecuado*”⁽⁴¹⁾.

La trascendencia de la pretensión ¿justifica el proceso?

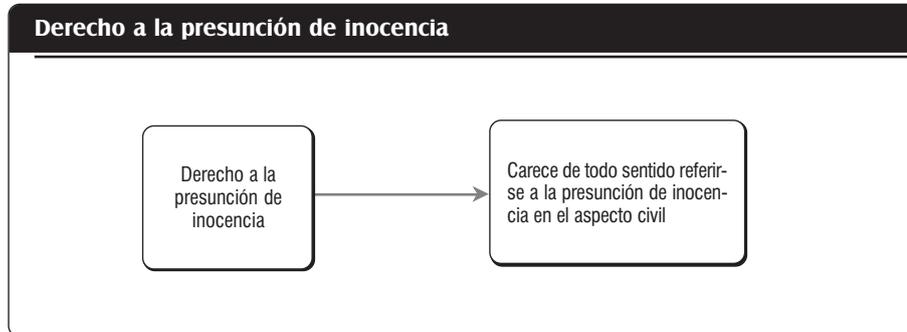
4.5. Derecho a la presunción de inocencia

Referirnos a la presunción de inocencia en el aspecto civil carece de todo sentido. Se trata de un principio rector del derecho penal que funciona como una presunción *iuris tantum* que requiere de una “actividad probatoria dirigida expresamente a acreditar que la persona procesada es responsable del delito que se le imputa”⁽⁴²⁾. Su contenido es penal del que se deriva, a ma-

La inocencia es del reo, no del (seudo) padre

(41) Acuerdo por unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de junio de 2005.

(42) HERRERA VELARDE, Eduardo. “Presunción de inocencia, duda y certeza”. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano. Año 2, N° 58. Lima, 9 de agosto de 2005. Pág. 9.



La paternidad no es un delito, es un delito que debe formalizarse

yor abundamiento, el principio *indubio pro reo*. Es clara la posición del Tribunal Constitucional cuando dice: “La presunción de inocencia se mantiene *viva* en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigador llevado cabo con las garantías inherentes al debido proceso, lo gre desvirtuarla”⁽⁴³⁾. Está de más invocar la violación del principio de presunción de inocencia, en todo caso existe el legítimo derecho del demandante en estas causas de orden parental de hacer valer su pretensión en la vía judicial. La paternidad no es un tema de culpa, es materia de compromiso, aunque no podemos negar que desconocerla linda con lo antijurídico, no es una conducta típica ni culpable en términos penales.

Otros casos

Si de extremos se trata, llevando al límite lo indiscutible, el ADN no solo condena también libera⁽⁴⁴⁾. Libera al hijo de la ausencia de identidad biológico paterno, lo redime de la inopia para enterarse, al fin, de sus orígenes. El desconocimiento de identidad paterno debe ceder el paso a la verdad, conocida (al menos por regla general) por sus progenitores.

Como adicional, el Tribunal Constitucional deja indicado que el derecho de presunción de inocencia

(43) STC. Exp. N° 2915-2004-HC/TC. Lima.

(44) Una jueza de Miami ordenó que el convicto, un hombre de 67 años acusado a cadena perpetua por múltiples casos de violación, fuese absuelto de todos los delitos. La prueba determinante fue una pericia de ADN. Cfr: “Recupera la libertad por una prueba de ADN”. En: www.diariojudicial.com. Acceso el 4 de agosto de 2005.

garantiza que toda persona no sea sancionada si no existe prueba plena que acredite su responsabilidad administrativa o judicial de los cargos atribuidos⁽⁴⁵⁾, situación que no se da en los procesos filiales.

4.6. La prueba en el proceso de filiación

Teniendo a la teoría y la praxis como sustento, pienso que el *test* genético dejó de tener el carácter de prueba de parte. La propia ley considera su aplicación a efectos del establecimiento real del vínculo filial. En este sentido, no cabe discusión alguna acerca de la libertad probatoria de las partes⁽⁴⁶⁾, la prueba procede por imperio de la ley en virtud de una necesidad social y un problema vivo que afecta la identidad personal. Ninguno de los derechos del demandado se ven afectados. Su aplicación está en estricta relación con la pretensión. El objeto de la prueba es establecer una relación personal de orden familiar; aquellas relaciones íntimas cuyo “producto” es negado. La prueba sirve para fundar lo demandado, legítimo derecho del accionante.

**La libertad
probatoria y la
defensa legítima
de los derechos**

4.7. Criterio opuesto al proceso

La profesora y magistrada Mosquera Vásquez⁽⁴⁷⁾ muestra una posición más radical, fundamentada en su experiencia práctica y teórica, diciéndonos al respecto:

- a) Considero que es irresponsable que un tema tan delicado como el de la filiación esté en manos de los jueces de paz letrados pues estos no tienen la experiencia suficiente en el trámite de procesos en los que se discutan derechos de los niños y adolescentes, y, sobre todo, en procesos de tanta trascendencia como lo es uno de filiación, pues su actuación como jueces se circunscribe a procesos menos

**Criterio opuesto
al proceso**

(45) STC. Exp. N° 2868-2004-AA/TC. Fundamento jurídico 21.

(46) MONROY GÁLVEZ, Juan. “Los límites éticos de la actividad probatoria”. En: *La formación del proceso civil peruano*. 2ª edición aumentada. Palestra. Lima, 2004. Págs. 550 a 557.

(47) Comunicación por correo electrónico del 16 de junio de 2005. Reproducción autorizada por la autora. Además, estas opiniones se publicaron en “La Ley N° 28457 y los nuevos procesos de filiación”. En: *Legal Express*. Año 5, N° 54. Gaceta Jurídica. Lima, junio de 2005. Pág. 5.

complejos en todas las áreas que conocen, basta con revisar la Ley Orgánica del Poder Judicial. Además, los jueces de Familia son capacitados y tienen experiencia en temas vinculados a niños y adolescentes.

- b) Es peligroso expedir una resolución que declare la paternidad de un niño por el simple hecho de haber presentado la demanda, y más peligroso aún que ella sea considerada un mandato al no existir contradicción a la misma. Esto puede suceder en países donde existe transparencia en la ciudadanía y no en el nuestro, me explico. Me ha pasado varias veces en que se indica un falso domicilio del demandado⁽⁴⁸⁾, supuestamente están bien notificados pero no es así, y esto se torna más peligroso aún en un proceso en el cual no existe actuación de medios probatorios. En caso se notifique al demandado y este no formule oposición porque se notificó en un lugar distinto, sin más discusión la ley señala que la primera resolución se convertirá en un mandato. Corresponde plantearnos algunas preguntas:

- ¿El juez emite un auto o una sentencia?

Parece ser lo primero, pues la ley no es clara.

- ¿Qué puede hacer el demandado si se le pasó el plazo de apelación?

Primero no puede retirar su nombre del acta de nacimiento y segundo no puede ni siquiera iniciar una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta porque no se sabe si es un proceso contencioso o no contencioso, ni tampoco se señala con claridad si lo que se emite es una sentencia o un auto.

- ¿Y qué pasa con el niño?

Supongamos que tenga 10 años. Expedida la reso-

(48) Esto es del todo cierto y me parece oportuno lo propuesto: “Se debe solicitar a la RENIEC u otro organismo estatal como la SUNAT, la información sobre el domicilio del demandado, a fin de evitar la vulneración de su derecho de defensa en caso de domicilio dudoso o desconocido”. Lástima que no haya sido acogido por el Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de junio de 2005.

lución indicando el nombre del padre, y en el caso que proceda (situación que dudo) la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta ¿se le quitarán los apellidos? Cómo le explicas aproximadamente 2 años después (teniendo en cuenta la duración de un proceso de ese tipo) que el señor que aparecía en su acta de nacimiento no es su padre. Lo mismo que nada, además con daño psicológico para la criatura.

- ¿Funciona el tema del auxilio judicial? ¿Podrá el Estado costear todas las solicitudes que impliquen la realización de las pruebas de ADN?

La respuesta es obvia.

- c) La forma como está hecha la ley no brinda ninguna seguridad. Por tratarse de un tema tan delicado debió establecerse una etapa probatoria donde –inclusive– se dé el derecho al emplazado a impugnar los resultados de la prueba, pues se le está limitando su derecho a la defensa, dándose por ciertos los resultados de las pruebas de ADN sin que se pongan en el caso de que los resultados hayan sido manipulados o contaminados, lo que sabemos ha sucedido en otros países. Tenemos a un demandado indefenso. Me atrevería a afirmar, incluso, que se vulnera su derecho a la defensa.
- d) Debe definirse si se trata de un proceso contencioso o no contencioso, pues es un híbrido jurídico.
- e) Establecer una etapa probatoria obligatoria, por seguridad jurídica y para evitar daños psicológicos a los niños y adolescentes.

No tenemos el mismo criterio y nos llama poderosamente la atención cómo la citada autora, apasionada por los temas del Derecho genético, por la irreversibilidad de los avances biotecnológicos y la defensa de los derechos de la mujer haya asumido tan fundamentalista posición, desconociendo –no estoy seguro si de conciencia– los efectos de la prueba por el mero formulismo procedimental. En pocas palabras, Mosquera añora el viejo proceso de paternidad que tantas veces combatió y abandona su otrora defensa. Antes a favor, hoy en contra ¡Quién te ha visto y quién te ve!

**Nuestra
posición**

**El deber
de ser padre**

“La importancia de la filiación deriva de la gran responsabilidad que implica haber engendrado a un hijo al cual hay que proteger, formar y garantizar que llegue a la edad adulta con capacidad para desenvolverse en el mundo”⁽⁴⁹⁾, sobre este esquema es que debemos trabajar.

Ser padre es más que un derecho de generar descendencia, es un deber. Empieza asumiendo legalmente tal calidad reconociendo al hijo, se robustece con el ejemplo que va formando los valores, educando al nuevo ser. La paternidad es una actitud, una forma de ser, de comportarse. Si bien inmiscuye al padre con el hijo, sus raíces trascienden el aspecto meramente personal, trasladando sus efectos al ámbito social. La comunidad, el Estado, la democracia se benefician de una relación paterno filial consolidada.

La Constitución y los tratados internacionales favorecen el establecimiento de la familia siendo valor entendido que la filiación es la manera más común de formarla. Estos, Constitución y tratados, además de convenciones no “pueden ser invocados para negarse a rendir una prueba biológica, pues tal conducta implica desconocer hipócritamente los derechos que emanan de esas mismas normas”⁽⁵⁰⁾, negarse a la prueba biológica conculca el deber que impone la Constitución a todos de velar por sus hijos menores; eludiendo, así, una (gran) responsabilidad⁽⁵¹⁾. Resulta lógico, pues, el nuevo proceso de veracidad de la paternidad.

**Consecuencias
negativas de la
apaternidad**

Actitudes desaprensivas respecto del reconocimiento generan inestabilidad emocional en el niño, en la madre, en las personas que lo rodean. Familias desequilibradas, perturbadas por un problema esencialmente humano. La falta de reconocimiento trae como consecuencia graves resultados en el desarrollo del niño,

(49) WEBER, Albretch. “Protección constitucional de la infancia”. En: *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Coord. Miguel Carbonell. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2002. Pág. 114.

(50) MIZRAHI, Mauricio Luis. “Identidad filiatoria y pruebas biológicas”. *Op. cit.* Pág. 123.

(51) HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores. *Op. cit.* Pág. 51.

inestabilidad emocional, carencia de modelo paternal en las relaciones extramatrimoniales o a las relaciones de hecho, falta de apego a la familia, propensión al divorcio. Si la persona, su familia, su entorno se encuentran aturdidos, qué tipo de sociedad, de Estado, podemos desear. Del origen parte todo. La estructura social empieza en la familia. Comencemos por lo más elemental, avalar al menor la defensa de sus derechos, exigir a los responsables el cumplimiento de sus obligaciones.

Es el deber del Estado poner freno a los irresponsables, a aquellos *hombres desbraguetados* con numerosos hijos en la calle (Gabriel García Márquez: *Vivir para contarla*, Bogotá, Ed. Norma, 2002). Freno, coto, límite a la irresponsabilidad, al divertimento en el juego sexual sin compromisos. Frente a esto en defensa de los intereses del menor deben ser agotadas todas las instancias para lograr el compromiso paternal, en todo caso lo único que queda es un juicio de filiación (tomando la palabra en su verdadera dimensión). Sí, y es que el planteamiento judicial de la determinación de la filiación constituye el último recurso ante el fracaso de mecanismos más simples⁽⁵²⁾.

**El proceso
como medio de
protección de
la familia y
reconocimiento
de la paternidad
responsable**

(52) VERDERA SERVER, Rafael. *Op. cit.* Pág. 38.

CAPÍTULO IV
LA INVESTIGACIÓN
DE LA PATERNIDAD

CAPÍTULO IV

LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

1. LA IDENTIDAD Y LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. DOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Los criterios en contra hace buen tiempo fueron tratados y resueltos por la doctrina y jurisprudencia comparada considerando la no afectación de los derechos del demandante en los procesos de filiación, tomándose muy en cuenta el *principio de proporcionalidad*⁽¹⁾. Es decir, se valora que las restricciones son equilibradas teniendo como fomento el bien común. Este nuevo proceso de filiación genera todo un análisis en cuanto a su trascendencia en las partes, lo que se aprecia de nuestra posición expuesta.

Qui sapit el principal punto en discusión de la ley esté al momento de aplicar el *test de necesidad*, es decir, comprobar si existe alguna otra forma de solución que la consagrada en la ley. Una alternativa, por decirlo,

**El costo beneficioso
en base al bien
común**

**El nuevo proceso
como único medio
eficaz para
establecer la
paternidad**

(1) BERNAL PULIDO, Carlos. "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003. Pág. 519.

menos discutible, igualmente eficaz a nivel de protección de los derechos exigidos. Analicemos este punto. Solución como la propuesta tiene sustento tanto en un problema social como en el interés superior del niño, ambas situaciones exigen de una decisión y protección “especial”. La paz social, la integridad de la familia, el derecho a la identidad gozan de una prevalencia sobre el derecho del supuesto padre a negar su paternidad.

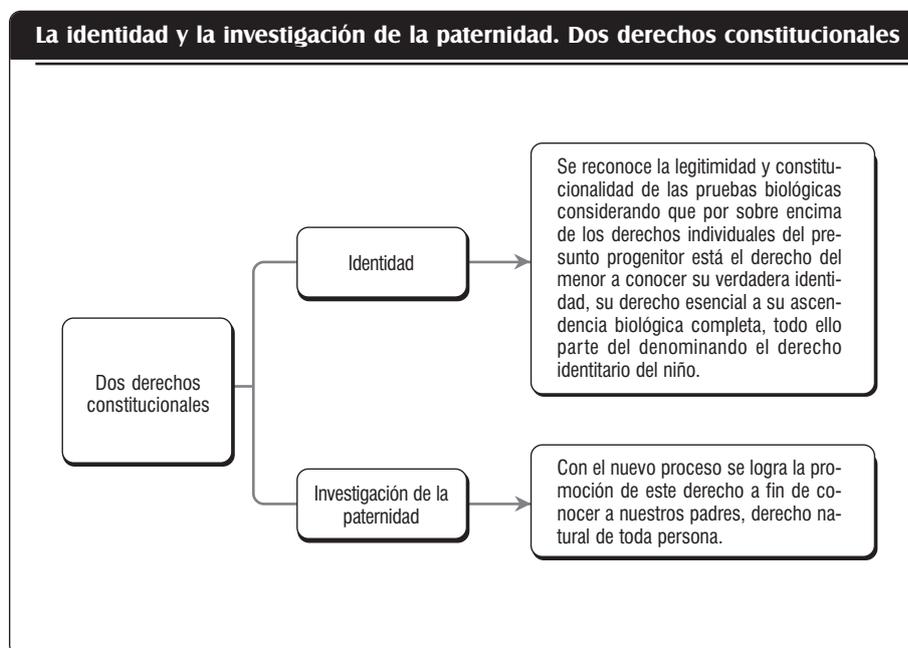
**Derecho
identitario
del niño**

Como se indica, 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⁽²⁾. Como señala Figueroa Yáñez⁽³⁾, el principio de la libre investigación del origen genético forma parte del derecho fundamental de la identidad, razón por demás suficiente para legitimarlo e impulsar su defensa y reconocimiento. Anotando el pensamiento de Bosch⁽⁴⁾ resultan francamente anacrónicas todas las argumentaciones que aluden a la violencia de las personas.

**La libre
investigación
de la paternidad**

El Tribunal Supremo y Constitucional de España, en líneas generales categórico en este planteamiento, viene fallando a favor del máximo derecho a la libre investigación de la paternidad frente a la integridad física, la libertad religiosa, intimidad y honor⁽⁵⁾ que como derechos son comúnmente alegados en estos procesos.

- (2) DUTTO, Ricardo. “El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas”. En: *Revista de Derecho Procesal 2002 - 2: Derecho Procesal de familia II*. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2002. Págs. 154 y 155.
- (3) FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. “La bioética en Latinoamérica: perspectiva jurídica”. En: *Revista de Derecho y Genoma Humano*. N° 18. Bilbao, 2003. Pág. 73.
- (4) BOSCH, Alejandro F. “La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas”. *Op. cit.*
- (5) GARCÍA POVEDA, Carmen. “Constitucionalidad de las pruebas biológicas”. En: *Revista de Derecho de Familia*. Lex Nova. N° 25. España, octubre de 2004. Pág. 96.



El *derecho a la identidad* debe primar siempre tal como lo mencionáramos en nuestra tesis de bachiller en 1990⁽⁶⁾, fundamentalmente en su faz estática que está referida a al origen genético biológico de la persona⁽⁷⁾. Y es que el derecho a la identidad está comprometido por lógica consecuencia la dignidad personal⁽⁸⁾ –médu-la jurídica del ser humano– que hoy en día es un principio que relaciona la bioética con el derecho constitucional, denominado el principio de dignidad de la persona humana⁽⁹⁾. De más está decirlo, pero la dignidad

El derecho a la identidad

- (6) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Las pruebas heredobiológicas en la determinación jurídica de la paternidad”. Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Lima, junio de 1990. Pág. 189. Sustentada el 8 de junio de 1990.
- (7) ORTIZ DE ROSAS, Abel Fleitas. “Derecho a la identidad”. En: *La Ley*. Año LXIX. N° 222. Buenos Aires, 15 de noviembre de 2005. Pág. 1.
- (8) RIVERA, Julio César. “Instituciones de Derecho Civil. Parte general”. Tomo II. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993. Pág. 118.
- (9) LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. “Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988”. Método. São Paulo, 2004. Pág. 160.

**El derecho a la
investigación de la
paternidad**

de aquel sin padre está en un mejor nivel que los derechos del presunto progenitor⁽¹⁰⁾.

En lo que respecta al *derecho a la investigación de la paternidad*⁽¹¹⁾ su reconocimiento en el derecho comparado es uniforme y cada vez va teniendo mayor trascendencia. Como mencionábamos en una oportunidad “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”⁽¹²⁾.

**Fomento a la
indagación
parental**

Con este proceso aprobado se logra una promoción a la investigación de la paternidad a fin de conocer a nuestros padres, derecho natural de toda persona⁽¹³⁾.

- (10) Vid. RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.* Pág. 494. En esta obra se analiza la Ley N° 8560, del 29 de diciembre de 1992, que regula la investigación de la paternidad de los hijos extramatrimoniales.
- (11) El Derecho Constitucional comparado reconoce la *promoción del derecho a investigar la paternidad* (Bolivia, Costa Rica, Cuba, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, Italia, Panamá, Uganda, Venezuela) y *el reconocimiento al derecho a la identidad biológica* (Venezuela) o *de origen* (Buenos Aires -Argentina-). Cfr: Mi “La bioética en las Constituciones del mundo (Máxima protección al ser humano deberá ofrecer la nueva Constitución Política del Perú)”. En: Suplemento de *La Ley: Actualidad*. Año LXV. N° 207. Buenos Aires, 30 de octubre de 2001. Pág. 4; o “La bioética en las Constituciones del mundo”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 100. Gaceta Jurídica. Lima, marzo de 2002.
- (12) *Loc. cit.*
- (13) Por citar un solo ejemplo, en el sistema uruguayo se han eliminado las causales de admisibilidad, lo único que debe ser probado es el vínculo biológico paterno-filial conforme lo sostiene CAROZZI, Ema. “Reformas introducidas por el Código de la Niñez y la Adolescencia en el derecho filiatorio uruguayo”. En: *Revista de Derecho Comparado*. N° 10: Derecho de Familia. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2004. Pág. 103. Código de la Niñez y la Adolescencia en Uruguay (Ley 17.823 del del 2004). Artículo 23 . (Derecho a la filiación).- Todo niño y adolescente tiene derecho a conocer quiénes son sus padres. Artículo 28. (Derecho y deber a reconocer los hijos propios).- Todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil, de reconocer a sus hijos.

2. LA APLICACIÓN DEL *TEST* DE RAZONABILIDAD EN LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

Establecer la legitimidad del proceso de paternidad extramatrimonial nos lleva por el cauce de la afectación de los derechos de las partes. Del demandado, del demandante cada cual con “sus” pretensiones. En la lucha de intereses uno debe ceder porque así lo exige no solo las leyes de la física, sino el criterio común y los principios jurídicos. Dos derechos no pueden preexistir frente a una misma situación. Uno debe ceder, dejar limpio el camino en “son” de la justicia. Derechos individuales versus derechos de familia, derechos personales contra los sociales, unos de realización otros de consagración. El mérito es encontrar su prevalencia. El demandado y sus derechos, no menores a los de “otro” o preferir los del reclamante en paternidad. La respuesta no es sencilla pero merece un estudio técnico. El test de razonabilidad es el medio para llegar a la conclusión si la ley intimatoria de paternidad es acorde con la finalidad constitucional del respeto a la familia, a la protección del derecho a la identidad y a la promoción de la paternidad o, por el contrario, representa un atentado directo e irregular contra el demandado y el sistema procesal. Adentrémonos en el asunto.

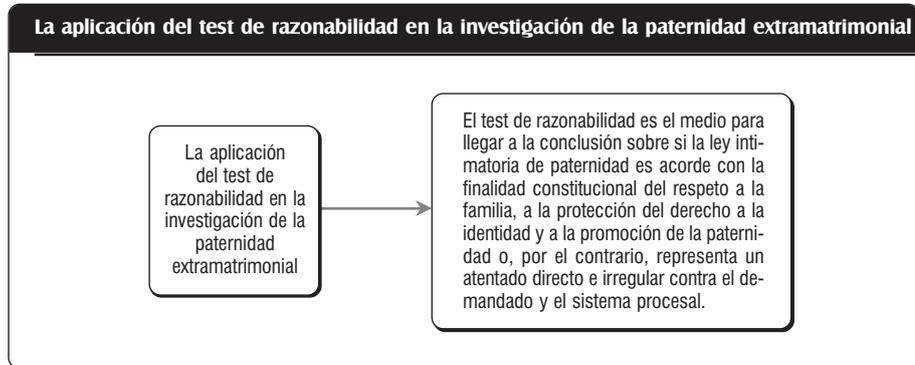
**La
constitucionalidad
del proceso
intimatorio**

2.1. El *test* de razonabilidad, los derechos del demandado y el derecho fundamental a la identidad

Los derechos de la persona son intangibles, no pueden ser violados ni atentarse contra su esencia. En ciertos casos, y por razones especiales, pueden ser alterados legítimamente, lo que justifica la aplicación del denominado *test* de razonabilidad. Para el caso materia de estudio permite comprobar si la ley de intimación de paternidad afecta constitucionalmente los derechos del demandado o, *contrario sensu*, supone un vaciamiento del contenido, siendo inconstitucional.

**El proceso y los
derechos del
demandado**

El Tribunal Constitucional considera que:



La proporcionalidad

“El *test* de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del *test* sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran”⁽¹⁴⁾.

Detallamos el razonamiento del Tribunal:

Justicia

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

Exigencia

- *El principio de necesidad.*- Para que una injerencia en los derechos sea necesaria no debe existir ningún otro medio alternativo que tenga la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Para ello,

(14) Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, 3 de junio de 2005. Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos C/. Congreso de la República: *Síntesis*: Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional del régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530. *Vid.* Razonamiento 109.

debe analizarse tanto la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo y, también, el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental.

- *El principio de proporcionalidad stricto sensu.*- La injerencia en los derechos fundamentales es legítima si el grado de realización del objetivo es por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho. Se comparan dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

Equidad

2.2. El análisis del principio de idoneidad

La nueva ley de investigación de la paternidad extramatrimonial persigue un fin constitucionalmente legítimo. En efecto, el objetivo es idóneo teniéndose en cuenta que se busca la realización de valores superiores como la justicia, igualdad, dignidad y solidaridad anudados con el vínculo paterno filial. Estos son valores consustanciales del Estado social y democrático de derecho, siendo el Estado el principal procurador de que todas las personas gocen de una identidad y filiación tendiendo a la protección de la familia en su dimensión institucional. Con esta ley de paternidad se busca que toda persona no solo goce, sino que tenga establecida una filiación. El fin es incuestionable y su constitucionalidad es plena. Su legitimidad se fundamenta en que es un imperativo del Estado democrático de Derecho proteger a la familia comenzando con la promoción de la investigación de la paternidad, salvaguardar la niñez e incentivar la paternidad responsable.

Incentivo a la paternidad responsable

2.3. El análisis del principio de necesidad

Todo sujeto tiene derecho a un padre y una madre que por naturaleza les corresponde. En esta línea se inspira el BGB alemán cuando manifiesta que los vínculos filiales “se basan en el vínculo biológico, de modo que el hijo tiene *un derecho a su padre* y no *un derecho a*

Nada justifica un niño sin padre, este proceso da una solución efectiva

cualquier padre⁽¹⁵⁾. Goza por tanto de una filiación la que debe ser, en el caso de la filiación extramatrimonial, reconocida voluntariamente o establecida por imperio de la ley. Aquí subyace la necesidad, el requerimiento. La identidad como derecho fundamental debe ser gozada en condiciones de igualdad y de justicia. Nada en el mundo puede ameritar que a un sujeto se le restrinja su filiación y, en similar medida, su derecho a conocer a sus padres. La alternativa más adecuada, y constitucionalmente legítima, para reducir y eliminar la paternidad irresponsable, niños sin padre, cumpliéndose con el principio de necesidad se realiza en el caso concreto con la ley dictada. Necesidad reflejada en la prioridad, en la primacía de la paternidad.

2.4. El análisis del principio de proporcionalidad *stricto sensu*

El proceso de filiación se inspira en los principios de justicia, dignidad e igualdad

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

A nivel civil el *test de razonabilidad* viene siendo aplicado a través del “principio de armonización” mediante el cual el juez puede preferir la aplicación

(15) GARCÍA CANTERO, Gabriel. “¿Qué familia para el siglo XXI?”. En: *Revista de Derecho Comparado*. Nº 9: Derecho de Familia. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2004. Pág. 52.

preferente de uno de los derechos en convergencia “lo que podría originar que el otro interés en conflicto merezca, en el caso concreto, el amparo que reclama el justiciable”⁽¹⁶⁾. En ese sentido, nos queda prístinamente establecido que la ley intimatoria de paternidad es acorde con la finalidad constitucional del respeto a la familia, a la protección del derecho a la identidad y a la promoción de la paternidad.

Claro no todo va en esa corriente. Pueden existir criterios más consistentes o menos contundentes, en una línea consolidadora o, incluso, antagónica a la misma.

En este último sentido se ha llegado a declarar inaplicable la ley en referencia por un Juzgado de Paz⁽¹⁷⁾ tomando como base el control difuso –facultad que permite al juez preferir la norma constitucional a una legal ordinaria– invocándose la vulneración del derecho a libertad y al debido proceso. Para suerte de muchos(as), la segunda la instancia⁽¹⁸⁾, elevado en consulta el proceso, desaprobó la resolución que inaplica la ley declarando su nulidad mediante el siguiente criterio:

- Según el artículo 14⁽¹⁹⁾ de la Ley Orgánica del Poder Judicial el control difuso de la constitucionalidad

Familia, filiación y Estado

Inaplicación del proceso intimatorio por control difuso

(16) MIZRAHI, Mauricio Luis. “Identidad filiatoria y pruebas biológicas”. *Op. cit.* Pág. 95.

(17) Exp. N° 180-05, Resolución N° 7 (8/09/2005). Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima. Primer Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón. Jueza Clara Mosquera Vásquez.

(18) Exp. N° 512-05, Resolución N° 5 (20/09/2006). Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima. Juzgado Mixto de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón. Juez Waldo Sabino Palomino Parra.

(19) Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 14.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

De conformidad con el artículo 236 de la Constitución, cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

de las leyes se aplica al momento de fallar sobre el fondo.

- La resolución emitida por el a quo no resuelve en forma definitiva la materia, por lo que contraviene el derecho constitucional de tutela judicial efectiva de la demandante, además de significar un límite al acceso a la justicia.
- El nuevo tratamiento que se le da a la filiación no es extraño. De la misma forma se tramitan los procesos de ejecución, por lo que existe un símil entre el auto de paternidad y el auto de pago que ilumina la constitucionalidad y legalidad del primero.
- Las normas procesales son de orden público y que si bien limitan derechos lo hacen para cumplir los fines del Derecho. De acuerdo a las normas vigentes los derechos de los emplazados se encuentran garantizados por la Constitución.
- Las normas procesales son de carácter imperativo, su trasgresión es sancionada con nulidad.

El criterio del Juzgado Mixto no es del todo feliz, aunque debe reconocerse el mérito de sus argumentaciones técnicas en cuanto a la inaplicación de la ley vía control difuso, que son del todo ciertas, incluso, un truismo del que vale la pena reflexionar. Olvida, al margen de la similitud entre el ejecutivo y el intimatorio, que este último defiende derechos de la persona, no cuida patrimonio, y en todo caso estaría justificada su aplicación tomando en cuenta el interés del menor y la defensa del derecho a la identidad. Más que el tecnicismo, que no debe desdeñarse, está el amparo de la familia como célula básica de sociedad y la salvaguarda de la niñez, compuesta por ciudadanos del futuro que requieren conocer sus raíces. Estas reflexiones están subsumidas en el deber del Estado de promover la investigación de la paternidad⁽²⁰⁾ dado que el vínculo más

(20) Constituciones como las de Bolivia, Costa Rica, Cuba, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, Italia, Panamá, Uganda y Venezuela, reconocen este derecho. Además, el derecho a la identidad biológica en Venezuela y el derecho de origen en Buenos Aires -Argentina-. Sobre estos derechos

preciado que tiene el ser humano es el parentesco. Su enrolamiento familiar depende de él. Entonces, el nuevo proceso de filiación de paternidad extramatrimonial es una forma efectiva y real de lograr la promoción de la indagación parental y no hay nada que justifique su inaplicación.

La tendencia que se venía imponiendo en el Distrito Judicial del Cono Norte respecto de la inaplicación de la ley queda desbaratada. Hasta hace poco aquel que quería iniciar una acción de paternidad extramatrimonial en dicha zona se veía obligado a crear un domicilio distinto, en otro Distrito Judicial, para evitar trabas –mejor dicho– para sortear un fallo contrario a las pretensiones de filiación, lo que no era sino un fraude. Bueno, las cosas cambiaron, esta vez para mal de pocos.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL
CONO NORTE DE LIMA**

Primer Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón

Expediente : 180-05

Demandante : Adelaida Hermosa López

Demandado : Carlos Enrique Andrade Hernández

Materia : Filiación extramatrimonial

Secretaria : Palacios

RESOLUCION NUMERO SIETE

considerábamos que: “La ley forja el derecho de toda persona de contar jurídicamente con un padre y una madre. A pesar 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 el Código de Familia), su reconocimiento constitucional es imprescindible, pues fortalece el principio de protección de la familia. Sobre este orden de ideas debemos afirmar, además, que filiación, identidad y paternidad no son conceptos exclusivos del Derecho Civil, son también de interés del Derecho Constitucional, pues a través de ellos se establecen vínculos jurídicos de protección al sujeto de derecho y en especial a la niñez”. *Vid.* VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “La bioética en las Constituciones del mundo”. En: *Acta Bioética*. Año VIII, N° 2. Chile, 2002. Págs. 239 a 253.

Puente Piedra, ocho de septiembre del año dos mil cinco.-

AUTOS Y VISTOS:

Puesto a Despacho en la fecha para resolver; y,

CONSIDERANDO:

Primero.- El artículo cincuentiuno de la Constitución Política establece la prevalencia de la Constitución sobre toda otra norma legal, así, el artículo ciento treintiocho del mismo texto constitucional señala que en todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la primera. Asimismo, el Código Procesal Constitucional en el artículo VI de su Título Preliminar señala que cuando exista incompatibilidad de una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Por su parte el artículo catorce de la Ley Orgánica del Poder Judicial referente a la supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución indica que cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera, debiendo además elevarlas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas, en todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Segundo.- En este sentido, el Tribunal Constitucional en la Sentencia del treinta de junio de mil novecientos noventa y siete recaída en el Expediente

Novcientos ocho - noventiséis - AA /TC ha señalado que "... la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución, que, como competencia se reconoce a los jueces y magistrados del Poder Judicial ... no puede realizarse en forma abstracta, sino como resultado prima facie, de la exigencia de su observancia en la dilucidación en una situación concreta de hechos controvertibles...". Así, el control difuso de constitucionalidad de las normas constituye un poder - deber del Juez a quien nuestra Carta Magna ha habilitado para preservar el principio de supremacía constitucional y en general el principio de jerarquía de las normas de acuerdo a lo estipulado en el artículo cincuentiuno de nuestra Constitución Política.

Este control es un poder - deber consubstancial a la función jurisdiccional a efectos de garantizar el proceso sea constitucional, es decir, que se conduzca procesalmente y ser resuelta en cuanto al fondo conforme a normas de indubitable constitucionalidad, pues no puede reputarse como debido proceso aquel tramitado aplicando normas procesales de cuestionable constitucionalidad o es resuelto aplicando normas sustantivas cuya inconstitucionalidad resulta evidente; siendo además que el empleo del control difuso es un acto sumamente grave y complejo en tanto que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez en principio resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado, esto lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la Ejecutoria del ocho de septiembre de mil novecientos noventinueve recaída en el Expediente ciento cuarenticinco - noventinueve - AA / TC. El control difuso pues se constituye en un mecanismo de última ratio que se al que se puede acceder única y exclusivamente cuando la inconstitucionalidad de la norma invocada es manifiesta.

Tercero.- Hay que resaltar que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política establece que las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se

interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Cuarto.- Nuestra Carta Magna en su artículo dos inciso veinticuatro el derecho a la libertad y a la seguridad personales, derecho reconocido también por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo tres, y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo siete inciso uno. Asimismo, nuestra Constitución Política en su artículo ciento treintinueve inciso tres reconoce como principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, el que también es reconocido tanto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo diez, como por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo octavo.

Quinto.- La libertad es una condición de la vida humana, es inherente a cada uno, y consiste, a decir de Stuart Mill (citado por Isaiah Berlin en la Introducción de su texto “La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana”, Fondo de Cultura Económica, primera edición, México D.F., 2004, p. 24) en el derecho de forjar libremente la propia vida que se quiera, la producción de circunstancias en que los hombres pueden desarrollar sus naturalezas tan variada y ricamente, siendo la única barrera la necesidad de proteger a otros hombres respecto a los mismos derechos o de proteger la seguridad común de todos ellos, de modo tal que una persona es libre en tanto ninguna institución o persona le obstaculiza, salvo para su protección. Por su parte el mismo Berlin ha señalado que coaccionar a un hombre es privarle de su libertad tanto en su vertiente negativa, entendida como el ámbito en que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros, y positiva, entendida como el concebir fines y medios propios y realizarlos (Berlin, Isaiah; “Dos conceptos de libertad”, en: Libertad y

necesidad en la historia, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1974, p. 136).

Así expuesto, la libertad individual debe considerarse como la piedra maestra con la que se construyen todos los derechos y libertades, y en este sentido hay que señalar que al tener toda persona derecho a la autodeterminación individual, es decir, tener voluntad de acción, no puede ser obligada constitucionalmente hablando a realizar actos que vayan contra dicha autodeterminación, debiendo anteponerse los derechos constitucionales a los mandatos. Al respecto el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente número doce cincuentisiete guion dos mil uno guion AA / TC del once de noviembre del dos mil dos ha señalado que "...la voluntad libre puede entenderse como el pleno albedrío y la posibilidad de proceder según la propia determinación. Consisten en la capacidad de poder disponer de sí mismo...".

Sexto.- El derecho al debido proceso es el derecho de todos los justiciables a acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven al órgano jurisdiccional a pronunciarse de manera justa y equitativa. Sobre este punto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la Ejecutoria recaída en el Expediente N° Seis - noventisiete - AI / TC al señalar que "El Tribunal Constitucional del Perú considera que un debido proceso es aquel en que se aplican las leyes sustantivas y adjetivas debidamente, es decir, en forma igual para los litigantes: demandante y demandado, correspondiendo al juez la obligación de cumplirlas y hacerlas cumplir".

Séptimo.- Al respecto también existe un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en la Sentencia del dos de febrero de dos mil uno recaída en el Caso Baena Ricardo y otros ha señalado en su párrafo ciento veinticuatro que "Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino al conjunto de requisitos que deben

observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”. Agrega en el Párrafo ciento veinticinco que “La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos órdenes”. Finalmente señala en el Párrafo ciento veintisiete que “Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.

Octavo.- En el caso que nos ocupa la demandante solicita se declare la filiación de su menor hijo reputándose como padre del mismo al demandado siguiéndose el trámite establecido por la Ley Veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. La ley en mención indica en su primer artículo que quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada; y en el segundo artículo que si el demandado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido válidamente notificado, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad, suspendiéndose el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la

prueba biológica del ADN dentro de los diez días siguientes.

Noveno.- De lo expuesto, a criterio de esta Juzgadora, se advierte la vulneración por parte de la Ley Veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete de dos derechos constitucionalmente reconocidos: el derecho a la libertad y el derecho al debido proceso.

Décimo.- Con respecto a la vulneración del derecho a la libertad cabe precisar que el segundo artículo de la Ley Veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete conmina indirectamente al demandado a efectuarse la prueba de ADN dentro de los diez días de notificado como única posibilidad para que se suspenda el mandado, lo que se traduce en una aparente obligación propia del demandado cuando realmente su decisión es consecuencia de la presión del poder estatal a través de la norma en mención que indirectamente lo conmina a someterse a una única prueba para que su oposición al mandato se pueda hacer efectiva, negándosele la posibilidad de que en ejercicio de su propia libertad pueda negarse a someterse a la misma. Aplicar la ley en mención en este extremo se traduce en una coacción del demandado, vulnerándose su libertad, la que está consagrada como derecho en los artículos dos inciso veinticuatro de nuestra Carta Magna, tres de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y siete inciso primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Undécimo.- Con respecto al derecho al debido proceso hay que señalar que el hecho que con solo presentar una demanda de filiación sin mayor exigencia de la presentación de medio probatorio alguno que pruebe lo afirmado, el Juez, sin que se haya pasado a una etapa probatoria exigida para procesos igual de complejos y trascendentes como lo es uno de las características del que nos ocupa, deba emitir una resolución declarando la filiación demandada, atenta contra el debido proceso en perjuicio del demandado pues el órgano jurisdiccional no exige la presentación de medio probatorio alguno

a la demandante, así, no califica ni actúa medio probatorio previo a la emisión de la declaración de filiación que corrobore la sindicación de la demandada efectuada en su primer escrito presentado ante el órgano jurisdiccional respecto a la paternidad de su hijo cuya declaración de filiación demanda, lo que ocasiona la expedición de una resolución que declara la filiación demandada, que de modo alguno es justa para el demandado pues las partes están en desigualdad de condiciones al momento de recurrir al órgano jurisdiccional.

Otro aspecto atentatorio contra el debido proceso es el hecho que se limita el uso de medios probatorios por el demandado pues la única prueba admitida en estos procesos es la prueba de ADN. Este hecho se agrava al no existir en nuestro país una regulación especial para la realización de la prueba de ADN, en la que se regule lo referente a la acreditación de los laboratorios que realizan estas pruebas, ni se haya establecido el número de marcadores genéticos a ser analizados de lo que depende la probabilidad de certeza de dicha prueba; por otro lado la ley en mención por válida la prueba de ADN sin considerar los márgenes de error de la misma, a lo que hay que agregar que pueden existir errores en la toma de muestras, contaminación de las mismas o manipulación de la muestra y/o resultados, a lo que se agrega el hecho que no se cuenta en el país con un registro de los centros especializados en la realización de las mismas en los que se haya establecido además un control estatal pues se desconoce si dichos centros cuentan con personal capacitado y con sólida formación ética que impida ceder ante presiones para la obtención de determinados resultados.

De lo expuesto en este considerando se infiere una abierta transgresión al debido proceso, garantía reconocida por nuestra Carta Magna en su artículo ciento treintinueve inciso tercero, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo diez y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo octavo.

Duodécimo.- Con lo expuesto en los considerandos precedentes esta Juzgadora considera que el hecho que la Ley Veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete haya sido promulgada como consecuencia de un grave problema social como es el gran número de niños, niñas y adolescentes que no han sido reconocidos por sus padres de ningún modo puede significar la vulneración de derechos reconocidos no solo por nuestra Carta Magna sino por documentos internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por nuestro país.

Décimo Tercero.- Por otro lado, Enrique Véscovi (citado por Alberto Hinojosa Mínguez, “La nulidad procesal (en el proceso civil)”, Gaceta Jurídica, segunda edición, agosto de 2002, p. 77), ha señalado que habrá la “... posibilidad de anular un proceso cuando existan vicios que obstan a la constitución de una relación procesal válida o se violen las garantías del debido proceso, que, en el fondo, surgen de normas jurídicas positivas. Quedaría así traducida la fórmula de ‘nulidades implícitas’, que emplea la doctrina, reconociendo la existencia de ciertos vicios que impiden el derecho fundamental de defensa en juicio, que son impugnables aun cuando la ley no lo establezca expresamente, y relevantes no solo a pedido de parte, sino también de oficio...”; en este mismo sentido se ha pronunciado la Ejecutoria Suprema del veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y siete recaída en el Expediente número doscientos dieciséis - noventa y seis al señalar que “...La nulidad procesal es un instrumento de última ratio y solo debe ser aplicado cuando aparezca una infracción insubsanable de algún elemento esencial de un acto procesal o cuando se vulnere uno de los principios del debido proceso”, fundamentos por los que a criterio de esta Juzgadora la resolución número dos del trece de junio de dos mil cinco, de fojas veintidós, deviene en nula.

Décimo Cuarto.- Si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo catorce dispone que en caso que un Juez aplique el control difuso los autos

se elevarán en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, el Código Procesal Civil en su artículo cuatrocientos ocho, en concordancia con el artículo cuatrocientos nueve del mismo cuerpo legal, señala que es procedente la consulta contra la resolución en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria, debiéndose elevar el expediente de oficio al superior dentro de los cinco días bajo responsabilidad, a criterio de esta Juzgadora para la consulta de la presente resolución debe aplicarse el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil, norma posterior a la Ley Orgánica del Poder Judicial, el es un cuerpo legal de carácter especial acorde a las nuevas tendencias de la doctrina procesal, lo que no sucede con la segunda que no es un cuerpo legal de carácter estrictamente procesal sino que regula además temas administrativos relacionados a la estructura y administración del Poder Judicial, por lo que los presentes actuados deben ser elevados en consulta al Juzgado Mixto de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón.

Por estos fundamentos y las normas anotadas y de conformidad con lo previsto por el artículo ciento treintiocho de la Constitución Política del Perú, la señora Juez del Primer Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón;

SE RESUELVE:

- a) Declarar **NULA** e **INSUBSISTENTE** la resolución número uno del veintiséis de mayo de dos mil cinco, de fojas diecinueve, y todos los actos procesales derivados de ella;
- b) Proveyendo como corresponde la demanda interpuesta ante esta Judicatura, declarar **INAPLICABLE** al caso materia de autos la Ley veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete;
- c) **ELÉVESE** en consulta la presente resolución al Juzgado Mixto de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón.
- d) Notifíquese.

EXPEDIENTE : 512-05

RESOLUCIÓN NÚMERO CINCO

Puente Piedra, veinte de junio del año dos mil seis.-

VISTOS: Dado cuenta el proceso elevado en consulta; y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Viene en consulta la Resolución número uno de fecha siete de Noviembre del año dos mil cinco, corriente de fojas diecinueve a veintitrés de autos, el cual resuelve declarar inaplicable al caso materia de autos la ley número veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete, en los seguidos por Francisca Burja Salinas Cuenca, con Jaime Richard Esquen Sanjinez, sobre filiación de paternidad, por los fundamentos que se indican en dicha resolución; que dispone elevar en consulta al Juzgado Mixto de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón; **SEGUNDO:** Si bien es cierto de que el Artículo cincuentiuono de la Constitución Política del Estado dispone que tiene prevalencia frente a una norma legal de inferior jerarquía, el cual es concordante con el Artículo Ciento treintiocho de la misma Carta Magna, cuando indica que si hay incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la primera; pero también es cierto que dicha disposición constitucional se encuentra desarrollada por el Artículo catorce de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la misma que dispone que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes debe ser ejercitada al momento de fallar sobre el fondo de la cuestión de su competencia; **TERCERO:** Conforme aparece de la Resolución materia de consulta, se advierte que el a quo al momento de calificar la demanda, ha declarado inaplicable la Ley número veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete al caso materia de autos, supuestamente porque vulnera los derechos de la libertad y el derecho al debido proceso, aun cuando dicha resolución no resuelve en forma definitiva el fondo de la controversia, con lo que se viene privando del Derecho a la tutela judicial efectiva

de la accionante, el cual igualmente es un derecho constitucional, previsto en el inciso tercero del Artículo 139 de la Constitución Política del Estado, en mérito al cual no se puede limitar al acceso a la justicia, más aún si su procedencia o su desestimación debe ser efectuado al momento de resolverse la oposición, conforme lo establece la misma Ley N° 28457 en su artículo 2do; **CUARTO:** Asimismo, la forma como se ha regulado en nuestro medio la filiación de paternidad no es nueva, ya que de la misma forma se regulan los procesos de ejecución, en donde con el auto de pago se dispone de que los obligados paguen la suma de dinero adeudado, dentro del plazo de tres días; sin embargo, se les permite contradecir dicho mandato de pago, por lo que de declararse fundada dicha contradicción, no tendrá efecto dicho mandato de pago, y en caso de desestimarse la contradicción, se continuará con la ejecución, conforme lo disponen los artículos 697, 700 y siguientes del Código Procesal Civil, por lo que este juzgado considera que la norma inaplicada por la Juez en la Resolución elevada en consulta resulta ser constitucional y legal, porque las normas procesales contenidas en la Ley 28457, son normas de orden público, y que los mismos limitan la libertad de las personas para cumplir los fines del Derecho, y que el mecanismo del Derecho de defensa de los emplazados se encuentran garantizados por las leyes y la constitución, por lo que el Juzgador debe dar trámite a dicho pedido de filiación de paternidad; **QUINTO:** Finalmente debe tenerse presente que de conformidad con el Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, las normas contenidas en ella son de carácter imperativo, por lo que su transgresión se encuentra sancionada con la nulidad, conforme lo dispone el Artículo ciento setentuno del mismo cuerpo de leyes, ya que el acto procesal elevado en consulta carece de los requisitos indispensables para obtener su finalidad, por lo que debe declararse la nulidad de dicha resolución, previa desaprobación de la resolución elevada en consulta; por esas consideraciones: se **RESUELVE: DESAPROBAR**

la Resolución Elevada en Consulta, Resolución Uno de fecha siete de Noviembre del año Dos Mil Cinco, de fojas diecinueve a veintitrés de autos, la misma que declara Inaplicable al caso materia de autos la ley número veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete y se dispone elevar a este despacho en consulta; en consecuencia se dispone la nulidad de dicha resolución y que el Juez renueve el acto procesal afectado, emitiendo la resolución que corresponda conforme a la ley número veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete que regula el proceso de filiación de paternidad; en, los seguidos por Francisca Burja Salinas Cuenca, con Jaime Richard Esquen Sanjinez, sobre filiación de paternidad; **DEVUÉLVASE** al Juzgado de Origen.

3. MARCO DE APLICACIÓN Y SUPUESTOS CONTROVERTIDOS

3.1. Marco de aplicación

Podemos preguntarnos ¿el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, regulado por la Ley N° 28457, es solo aplicable al supuesto del inciso 6 del artículo 402 del Código Civil o acaso se hace extensivo a los seis incisos de dicho artículo?

Es valor entendido que los incisos 1 al 5 del artículo 402 del Código Civil son supuestos de hecho que deben argumentarse y, en su caso probarse, en vista que el demandado tiene la facultad de negarlos o contradecirlos.

Analizando el espíritu de la Ley N° 28457 nos daremos cuenta de que las presunciones de paternidad actualmente carecen de sentido. Es más, el propio sistema adoptado primigeneamente por el Código resulta poco práctico con la admisibilidad y reconocimiento de las pruebas genéticas. Claro que pueden servir para argumentar una pretensión, pero su probanza no tiene razón de ser pudiéndose decir, con sustento, que han perdido la fuerza intrínseca que tenía en los tradicionales procesos de declaración de la paternidad extramatrimonial.

Ámbito

La presunciones
de paternidad
deben probarse

**La filiación
biológica y el
sistema objetivo**

En otras palabras, se deja de lado la filiación social (sistema subjetivo) optándose por la filiación biológica (sistema objetivo) en el que lo único que prima en un proceso de filiación es el resultado genético frente a los hechos sucedidos en una relación personal⁽²¹⁾. Resulta sin sentido demandar una paternidad sustentándose en un supuesto fáctico que deberá ser probado en el proceso existiendo un medio efectivo y rápido a través de la práctica del ADN.

**Aplicación del
total del proceso**

Considero que los seis supuestos del 402 son aplicables a la Ley N° 28457, muy a pesar de lo considerado en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que fija la competencia a los jueces de paz solo para el ADN (artículo 57, inc. 2). Es el juez quien debe calificar la demanda y fijar la competencia, máxime aún si de acuerdo a su facultad inquisitiva⁽²²⁾ debe agotar los medios necesarios para establecer la paternidad en aras de los superiores intereses del niño⁽²³⁾. Una demanda de paternidad extramatrimonial está basada en hechos, que pueden ser cualesquiera de los casos del artículo 402 (o quizá en otros) pero lo definitivo, lo que finiquite la controversia, será la aplicación de la prueba de ADN. En este orden de ideas, podemos decir que todas las acciones de paternidad extramatrimonial deben ser canalizadas a través de este proceso especial consagrado en la Ley N° 28457. Con un criterio distinto Rodríguez Domínguez⁽²⁴⁾ menciona que la ley en comentario solo es aplicable a las demandas fundamentadas en el inciso 6 del artículo 402, criterio que es compartido por algunos jueces.

**El ADN
como base,
no como
referencia**

- (21) Curiosamente Plácido Vilcachagua indica que no ha variado el sistema tratado en el Código Civil, continuando el sistema restringido de investigación de paternidad. *Cfr.* PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "Creditur virgini pregnantibus..., volviendo al ancien droit: a propósito de la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial". *Op. cit.* Pág. 43.
- (22) La demanda de declaración judicial de filiación extramatrimonial importa un pedido de investigación judicial de paternidad, por la dificultad de la prueba, derivada del carácter oculto en que comúnmente se desarrollan las relaciones sexuales extramatrimoniales, por lo que el juez debe hacer uso, cuando corresponda, de su facultad inquisitiva por los intereses superiores del niño. Casación N° 720-97-Lima, 3/05/1998. *Vid. Cuadernos Jurisprudenciales.* Suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia. Año 5, N° 51. Gaceta Jurídica. Lima, setiembre de 2005. Págs. 45 y 46.
- (23) Respecto de la facultad inquisitiva del juez *Vid.* Casación N° 720-97-Lima, 3/12/1998.
- (24) RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito. *Op. cit.* Pág. 401.

Ahora bien el tema no está tanto en el supuesto que sustenta la demanda, sino que la pretensión se tramita ante frente a este nuevo proceso.

3.2. Supuestos controvertidos

El modelo de proceso optado para definir la paternidad puede traer algunos casos límites, situaciones en las que resulten controversiales las reglas generales del proceso, lo que resulta lógico por tratarse de un proceso exclusivo, de excepción, frente a aquellos escenarios en que a pesar de existir la posibilidad de dilucidar una relación paterno filial el padre se negó, expresamente o tácitamente, a un reconocimiento. Veamos:

- *Incapacidad.*- Qué sucedería en los casos en que el demandado sea un incapaz, digamos que carezca de discernimiento –por citar un supuesto–, como podría requerírsele a que ejerza su oposición, su derecho de defensa, si carece de relación con el medio que lo rodea, está limitado en su poder decisión, no tiene el ejercicio de su libertad. Este proceso está diseñado para aquellos casos en los que el demandado goce de discernimiento, conciencia, entendimiento, que pueda entender de la consecuencia de su no actuar. Es más, a pesar de que el incapaz tenga un curador que defienda sus intereses y lo represente en el proceso no podría decidir por él ni llevar a cabo la oposición o someter a su curado a la prueba de ADN. Creemos que ello estaría fuera de sus facultades. Este sería un caso delicado de resolver, pero analicémoslo. El curador no podría ir más allá del ejercicio de los derechos personales del curado, menos aún comprometer su cuerpo, disponer de él para un análisis médico por más sencillo que este sea; en esta situación sí se daría una afectación de los derechos del incapaz. Podemos, incluso, decir que frente al auto de paternidad procedería interponer un hábeas corpus al atentarse directamente contra la libertad del demandado.
- *Investigación post mortem.*- El proceso de la investigación de la paternidad *post mortem* a través

Casos límites para aplicar el proceso

El interdicto o mero incapaz

Función del curador

Exhumación

de este trámite resulta complicado. La exhumación debe ser realizada en un procedimiento especial que no se encuentra dentro de los establecidos en el presente, además, siendo demandados los herederos nos preguntamos ¿cómo podrían oponerse a la realización de la prueba en el plazo establecido en la ley?, ¿cómo pueden autorizar la extracción de tejido del cadáver?

**Acreditación del
*nexum familiae***

- *Terceros.*- Siendo demandados los herederos sea para determinar la fraternidad, la abuelidad u otro grado de parentesco resulta impertinente el proceso analizado en razón que no se trata de una investigación directa de la paternidad, por el contrario, aquella se realiza de forma indirecta a través de alguno de los parientes.

Procreática

- *Cedente anónimo de material genético.*- Como es sabido, en el Derecho comparado primó la reserva de la identidad del cedente de material genético, quedándole negada al procreado la posibilidad de conocer a su progenitor, o aquel que cedió sin compromiso su esperma. Sin embargo, con esta ley nada impediría que el cedente anónimo pueda ser demandado en paternidad, yendo mucho allá del mero hecho referencial de simplemente conocerlo⁽²⁵⁾.

(25) *Conocer al cedente de gametos como padre.*- 1) La Corte Suprema de Gran Bretaña dio, en julio de 2002, una esperanza a activistas que luchan para que los niños concebidos a partir de esperma u óvulos donados sepan más de sus padres anónimos, aunque no necesariamente sus identidades. La familia de un niño de seis años y de un estudiante de posgrado se enfrentan al Departamento de Salud y Fertilización Humana y Autoridad de Embriología por la información sobre los padres cedentes de gametos. El magistrado Scott Baker dijo que la nueva Ley de Derechos Humanos tiene validez para los casos en que los nacimientos se produjeron luego de aplicarse la técnica de inseminación artificial con material de donantes (AID, por sus siglas en inglés). El fallo se concentra en el artículo 8 de la ley que defiende el derecho a la vida familiar, incluyendo a la identidad personal. “Un niño de AID tiene derecho a establecer un cuadro de su identidad tanto como cualquier otra persona”, dijo el juez. Sin embargo, añadió que la Corte aún tiene que decidir si la actual postura del gobierno, que bloquea el acceso a cualquier información sobre los padres donantes, de hecho violó la ley y la Convención Europea de Derechos Humanos. Si es así, los activistas esperan que conduzca al establecimiento de un registro nacional voluntario de donantes de esperma y óvulos usados para la inseminación artificial. 2) Según informa la BBC el gobierno británico considera la posibilidad de poner fin a las donaciones anónimas de semen dando prevalencia al derecho de los menores concebidos por tales técnicas a conocer sus orígenes. No obstante, los expertos consideran que dicho cambio legislativo agravará la escasez de donantes, tres cuartas partes de los cuales son estudiantes y comprometerá la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida (BBC NEWS, Health, *Sperm donors 'to lose anonymity'* <http://news.bbc.co.uk>, 18/01/2004).

CAPÍTULO V
DERECHO COMPARADO

CAPÍTULO V

DERECHO COMPARADO

1. REFERENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO

Existe una fuerte y marcada tendencia en el Derecho comparado a simplificar los trámites en la indagación de la paternidad. Pueden tomarse como referencia algunos sistemas legales que, a pesar de tener una tendencia subjetivista (basamento de la paternidad en presunciones), merita la importancia del nexo filial aligerando y tecnificando su investigación.

**Análisis de la
legislación
comparada**

1.1. Brasil

Por Ley N° 8560, del 29 de diciembre del 1992, se regula la investigación de oficio de la paternidad de los hijos extramatrimoniales⁽¹⁾ estableciéndose que todo registro de nacimiento debe indicar el nombre del pa-

**Investigación
*ex officio***

(1) Esta ley deroga los artículos 332, 337 y 347 del Código Civil de 1916, tendencia que es seguida por el actual Código brasileño del 2002.

**Tipos de
reconocimiento**

dre a fin de permitir su indagación. En doctrina brasileña existen tres tipos de reconocimiento: el voluntario, el administrativo y el judicial. El regulado en esta ley es el segundo –lo complementa– y se indica en un análisis especial que:

“O reconhecimento administrativo ocorre nos casos em que o pai se recuse ao reconhecimento voluntário. Efetua-se por declaração da mãe ao oficial do registro civil, no ato de registro do filho, apontando o nome e a qualificação do genitor. O oficial encaminhará a certidão integral do registro e os dados qualificadores do suposto pai ao juiz. O juiz ouvirá a mãe e notificará o varão, independentemente de seu estado civil, para manifestar-se. Caso o suposto pai compareça e confirme expressamente a paternidade, será lavrado o termo de reconhecimento e remetida a certidão ao oficial do registro, para a devida averbação”⁽²⁾.

Esta Ley tiene como objetivo facilitar el reconocimiento de los hijos imponiendo en su oportunidad las responsabilidades debidas a los padres biológicos⁽³⁾.

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

Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

§ 1º O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente

(2) DEUSDARÁ, Ingrid Caroline Cavalcante de Oliveira: “O direito de ser filho e a Constituição de 1988”, en: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 825, 6 out. 2005, en: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso 06/10/2005.

(3) GRUNWALD, Astrid Brettas. *Op. cit.*

de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.

§ 2º O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.

§ 3º No caso do suposto pai confirmar expresamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.

§ 4º Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

Como puede apreciarse, esta ley representa un avance singular en el tema de paternidad. Claro que no es del todo contundente, pero es una muestra de la importancia que representa para la sociedad que toda persona cuente con un padre.

El aporte de este trámite es:

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

Esta ley ha permitido que en Brasil se tienda a una reducción de los hijos sin padre, carentes de reconocimientos, que en cifras es desbordante como lo recuerda

la profesora Ana Liési Thurler⁽⁴⁾ al indicarnos los cerca de 800 mil niños nacidos anualmente en Brasil quedan sin reconocimiento.

1.2. Costa Rica

Una de las primeras normas en pro de la investigación filial

La Ley N° 8101 de Costa Rica, Ley de paternidad responsable, del 27 de abril del 2001 tiene un fondo y matiz muy similar a nuestra Ley 28457 pues "... pretende brindarle a las madres un proceso mucho más rápido, menos costoso y con ello descongestionar un sistema judicial que se encuentra colapsado, a través de un procedimiento administrativo más eficiente y en donde los plazos se reducen, cumpliendo con ello el mandato constitucional de justicia pronta y cumplida"⁽⁵⁾.

Esta ley costarricense tiene como precedente el Proyecto de Ley N° 14064, denominado proyecto de ley de paternidad responsable (8 de agosto del 2000), el que entre sus considerandos de peso sustenta:

- a. De los 78.526 nacimientos reportados en 1999, un 51.5 por ciento son extramatrimoniales. De estos, 23.845 nacimientos son de padre no declarado, colocándose solo los apellidos de la madre.
- b. Son derechos humanos: el derecho de todo niño de conocer a su padre y madre, a saber quiénes son, a mantener contacto, a ser cuidados y alimentados.
- c. A su vez, son derechos que desarrollan otros derechos como el derecho a la identidad personal, a la vida familiar y el desarrollo personal.

(4) THURLER, Ana Liési. "Reconhecimento paterno, direito de cidadania", en: www.arpenbrasil.org.br Acceso 16 de enero de 2006. THURLER, Ana Liési "Paternidade e deserção. Crianças sem reconhecimento, maternidades penalizadas pelo sexismo". Departamento de Sociología: Universidade de Brasília, Tese de doutoramento, 2004. En reciente trabajo informa "Un phénomène –sociologique, éthique et politique–, qui touche chaque année un million d'enfants, reste invisible au Brésil: la non-reconnaissance paternelle. L'ampleur de ce problème nous signale les limites et la vulnérabilité de la démocratie brésilienne elle même, dans le champ des rapports sociaux de sexe. Près d'un enfant sur trois nés dans ce pays, ne réussit pas à avoir cette reconnaissance". "Résistances des hommes, exigences des femmes: l'exemple de la reconnaissance paternelle au Brésil", material facilitado via Internet por la propia autora, presentado en el IV Congrès International de Recherches Féministes dans la Francophonie Plurielle. Citoyennes sans frontière. Université d'Ottawa. Canadá, julio de 2005.

(5) CHINCHILLA MONGE, Cristian. "Detalles sobre la ley de paternidad responsable". En: <http://www.uca.ac.cr>. Acceso el 1 de abril de 2005.

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

- d. Frente a la situación de abandono de las responsabilidades paternas, algunas mujeres optan por el proceso de reconocimiento de paternidad que es un trámite engorroso y burocrático, conllevando a que la mayoría de los procesos iniciados sean abandonados antes de su conclusión.
- e. Entre los principales obstáculos en los procesos cabe señalar⁽⁶⁾:
- La negativa de los padres en el reconocimiento.
 - El proceso es largo y no da la posibilidad de cautela alguna de los derechos en tanto está en trámite.
 - El proceso es complicado y no se ajusta a los efectos de las pruebas.
 - Las prácticas dilatorias son típicas en estos procesos.
 - El costo de las pruebas de marcadores genéticos es alto.

Importantes consideraciones de la propuesta

Como se señala en el informe técnico⁽⁷⁾: “Nótese que el proyecto busca garantizar a los niños y niñas su desarrollo integral, sobre la base de la paternidad responsable, colocando por encima este derecho, sobre otros que puedan tener los individuos en particular”.

La ley de paternidad responsable de Costa Rica dispone un proceso administrativo a través del cual se busca dar solución a un problema tan real y humano como

La filiación a través de un proceso administrativo

(6) Esta identificación de obstáculos y dificultades de los procesos de reconocimiento de paternidad, es producto del trabajo de consulta e investigación que efectuó la Comisión de Paternidad encargada de la formulación del presente proyecto de ley. En esta Comisión participaron representantes de las siguientes instancias: Asamblea Legislativa, Poder Judicial, Organismo de Investigación Judicial, Defensoría de los Habitantes, Patronato Nacional de la Infancia, Instituto Nacional de las Mujeres y Universidad de Costa Rica.

(7) Oficio N° ST-741-10-2000. Informe elaborado por la licenciada María Eugenia Román Mora, asesora parlamentaria, en colaboración con las licenciadas Guiselle Bolaños, Georgina García, Ingrid Rojas y Rebeca Videche y revisado por la licenciada Ana Lucía Jiménez Méndez, directora del Departamento de Servicios Técnicos, San José de Costa Rica, 31 de octubre de 2000.

es la filiación, incorporándose mediante el artículo 1 una modificación a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil⁽⁸⁾ (que es una norma similar al Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de identificación y Estado Civil del Perú⁽⁹⁾).

De forma esquemática, la ley citada trata del acto de inscripción de los hijos extramatrimoniales de la siguiente manera:

(8) El texto de la norma citada dice:

ARTÍCULO 1.- Refórmase los artículos 54 y 112 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, N° 3504, de 10 de mayo de 1965, cuyos textos dirán:

“Artículo 54.- Inscripción de hijas e hijos habidos fuera del matrimonio. En la inscripción de nacimiento de hijos e hijas habidos fuera del matrimonio, se consignarán la paternidad y la maternidad, si la declaración es hecha por las dos personas que se atribuyen la calidad de progenitores y ambos la firman.

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

En ese acto, la criatura quedará inscrita bajo los apellidos de su madre. Al presunto padre se le citará mediante notificación, para que se manifieste al respecto dentro de los diez (10) días hábiles a partir de la notificación, y se le prevendrá de que la no manifestación de oposición al señalamiento de paternidad dará lugar al reconocimiento administrativo de la filiación (declaración administrativa de paternidad). En caso de que al apersonarse no acepte la paternidad del menor, se dará solo una cita gratuita a la madre, a la criatura y al padre señalado, para que acudan a realizarse un estudio comparativo de marcadores genéticos, ante los laboratorios de la Caja Costarricense de Seguro Social acreditados por el Ente Nacional de Acreditación de Laboratorios (ENAL); mediante este estudio quedará definido si la afiliación señalada es cierta. La Caja Costarricense de Seguro Social tendrá la obligación de garantizar la cadena de custodia de la prueba, así como de comunicar al Registro Civil los resultados de la prueba. Si el presunto padre no se apersona o si se niega a llevar a cabo la prueba genética, procederá aplicar la presunción de paternidad y dará lugar para que así se declare, administrativamente, y se inscriba con los apellidos de ambos progenitores, siempre y cuando la madre y el niño o la niña se hayan presentado a realizarse la prueba. Dicha declaración administrativa otorgará las obligaciones legales propias de la paternidad.

Inscrita la declaración administrativa de la paternidad, el progenitor o sus sucesores podrán tramitar, en la vía judicial, un proceso de impugnación de la paternidad declarada administrativamente. Este trámite no suspenderá la inscripción del menor.

Contra la resolución administrativa que determine presuntivamente la paternidad, no cabrá recurso administrativo alguno.

Contra esa resolución no cabrá, en vía judicial o administrativa, el incidente de suspensión de ejecución ni cualquier otra medida cautelar tendiente a enervar sus efectos”.

(9) Decreto Supremo N° 015-98-PCM, publicado el 25/04/1998.

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

1. Si la declaración de nacimiento es realizada por ambos padres, dejarán constancia de sus datos.
2. En caso de ausencia del padre, la madre firmará el acta indicando el nombre de aquel. Para estos efectos:
 - a. El registrador le informará las consecuencias y responsabilidades si señala como padre a quien, luego de someterse a las pruebas biológicas, sea descartado.
 - b. Se considera la efectividad de la prueba de ADN y su carácter obligatorio.
3. El niño será inscrito con los apellidos de la madre.
4. Se requiere al presunto padre para que en el plazo de diez días, manifieste su posición, bajo apercibimiento de declararse la paternidad mediante reconocimiento administrativo de filiación.
 - a. La no aceptación de la paternidad conlleva la realización de exámenes genéticos.
 - b. El no apersonamiento o la negativa a la prueba genética determina la presunción de paternidad; en este caso se inscribe con los apellidos de ambos progenitores, siempre que la madre y el niño se hubieren practicado la prueba.
 - c. La declaración administrativa de paternidad genera el vínculo propio de la paternidad.
5. Contra la declaración administrativa de paternidad:
 - a. No procede recurso administrativo, ni incidente de suspensión de ejecución, ni medida cautelar que busquen enervar sus efectos.
 - b. Procede judicialmente un proceso de impugnación, el que no suspenderá la inscripción del menor.
6. En cuanto a la realización de la prueba la ley indica que los laboratorios del Seguro Social:
 - a. Realizarán gratuitamente la prueba; y,
 - b. Custodiarán la prueba y comunicarán al Registro Civil los resultados.

**Esquema y
puntos básicos
de la ley de
determinación
filial**

**Inversión del
Estado en la
implementación
y aplicación
de la ley**

El artículo 7 de la ley autoriza al Poder Ejecutivo para que gire a la Caja Costarricense de Seguro Social, un monto anual de hasta mil millones de colones a fin de que se pueda equipar los laboratorios para atender la demanda de las pruebas. Este dispositivo legal no se cumple, de allí que exista un Proyecto de Ley, Exp. 14.374, que busca reformar la ley de paternidad para que sean los demandados quienes paguen o, en su caso, la madre que mintió. Este proyecto se sustenta en que:

“... muchas falsas expectativas se generaron en la población a raíz de esta ley: se esperaba una ley justa, que volviera ágil y veloz la investigación de paternidad, pero la prisa de aprobar esta ley, bien intencionada, se convierte en un mal chiste, porque no habrá dinero suficiente para pagar las pruebas de paternidad.

Esta ley autoriza al gobierno para trasladar mil millones de colones del Presupuesto Nacional a la Caja Costarricense de Seguro Social, pero no lo obliga. Es una autorización, no una orden. Hoy, el gobierno no entrega el dinero que debe al Patronato Nacional de la Infancia, ni gira el dinero debido al Instituto Mixto de Ayuda Social. En ambos casos, el gobierno está obligado y no entrega el dinero. ¿Por qué pensamos que lo hará para las pruebas de paternidad? (...)

Si no hay dinero suficiente, las pruebas se retrasarán durante meses. No extrañará que las investigaciones de paternidad se vuelvan más lentas y que pronto estemos durando más que ahora, con demoras que sentirán en lo más profundo las madres que esperaban de esta ley una respuesta de justicia pronta y cumplida.

Con esta ley, los padres irresponsables triunfaron. Ellos, que siempre huyen de sus deberes, logran que sean otros los que paguen. Primero, intentaron que las madres pagaran cargando toda la responsabilidad de los hijos. Ahora, lograron que seamos todos los costarricenses quienes paguemos por sus

pruebas. Tranquilamente nos han pasado la factura y nos hemos dejado.

Por todo lo anterior, el Partido Movimiento Libertario propone que las pruebas sean pagadas por los mismos padres irresponsables, sea el padre que siéndolo no lo reconoció desde el inicio, o la madre que mintió. Así, el programa de pruebas de paternidad estaría efectivamente financiado. En algunos casos habría que hacer arreglos de pago, pero a alguna hora se cancelaría el dinero. Consideramos que es una propuesta justa, pues los padres de la criatura, que han querido huir de su responsabilidad son los que deben asumir este cargo.

Se propone con este proyecto de ley reformar el artículo 7 de esta Ley, que se refiere al financiamiento, e indicar que sean los padres quienes paguen estas pruebas”.

1.3. Ecuador

El Código de la niñez y adolescencia de Ecuador, Codificación N° 2002-100, R.O. 737, del 3 de enero del 2003, trata en el Título V sobre el “Derecho de alimentos” y regula de forma especial una forma de declaración de paternidad⁽¹⁰⁾.

La filiación a través de los alimentos

(10) El texto completo dice:

“Artículo 131.- Situación de los presuntos progenitores.- El juez podrá obligar al pago de prestación de alimentos en favor de un niño, niña o adolescente, a una persona cuya paternidad o maternidad no han sido legalmente establecidas, de acuerdo con las siguientes reglas: 1. La prestación provisional de alimentos, podrá ordenarse desde que en el proceso obren indicios suficientes, precisos y concordantes que permitan al juez fundamentar una convicción sobre la paternidad o maternidad del demandado o demandada; 2. Sin perjuicio de la utilización de otros medios de prueba que científicamente sean idóneos para demostrar la paternidad y en tanto ellos no sean utilizados, para la fijación de la prestación definitiva, el juez dispondrá, a petición de parte, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) del derechohabiente y del o la demandada. Si el resultado es positivo, en la misma resolución que fije la prestación de alimentos definitiva, el juez declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil; 3. Cuando el demandado se niega injustificadamente a someterse al examen señalado en este artículo, el juez le hará un requerimiento para que lo practique en el plazo máximo de diez días, vencido el cual, si persiste la negativa, se presumirá la paternidad o maternidad y el juez procederá como en el caso de resultado positivo del examen; 4. Si el demandado, antes del requerimiento indicado en la regla anterior, funda su negativa para la práctica del examen en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlos, el juez ordenará que la Oficina Técnica practique un estudio social y emita el informe correspondiente en el plazo

**Esquema de la
legislación**

En el establecimiento y fijación de los alimentos se tomarán en cuenta las siguientes reglas:

1. Se decretarán cuando obren indicios suficientes acerca de la filiación.
2. A solicitud de parte se oficiará la realización de la prueba biológica.
 - a. Si el resultado es positivo, se declarará la filiación en el mismo proceso, procediéndose a la inscripción en el Registro Civil.
 - b. En caso de negativa injustificada, se requerirá para que en diez (10) días como máximo se proceda a su realización. De persistir la negativa se presumirá la filiación procediéndose a su declaración.
3. El demandado puede justificar su negativa en la falta de recursos económicos.
 - a. Si el informe social acredita la falta de recursos, los gastos serán sufragados por una entidad del Estado.
 - b. Si el informe social demuestra lo contrario, se declarará la filiación.
4. Los gastos de las pruebas biológicas, costas y demás serán sufragados por el presunto progenitor. En su caso tendrá derecho al reembolso si el resultado de las pruebas lo descarta.

máximo de quince días. En el caso de que el informe confirme la alegación del demandado, el juez dispondrá que la Junta Cantonal de Protección de su jurisdicción lo incluya de inmediato en un programa del sistema que cubra el costo del examen. Si el informe social es negativo para la pretensión del demandado, se procederá en la forma dispuesta en la regla anterior; 5. Salvo el caso de carencia de recursos previsto en la regla anterior, los gastos que demanden las pruebas biológicas y las costas procesales, incluidos los gastos del estudio social, cuando lo hubiere, serán sufragados por el presunto padre o madre, quienes tendrán derecho a que se les reembolsen por quien ha reclamado la prestación, si el resultado de las pruebas descarta su paternidad o maternidad; y, 6. Se prohíbe practicar el examen señalado en la regla segunda de este artículo en la criatura que está por nacer; pero puede hacerse en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para establecer la relación de parentesco”.

“Artículo 132.- Condiciones para la práctica de las pruebas biológicas.- El reglamento contemplará las medidas necesarias para asegurar una adecuada cadena de custodia de las muestras a utilizar en las pruebas de que trata el artículo anterior, para garantizar la identidad personal de los sometidos al examen y las demás condiciones técnicas en que deberán practicarse estas pruebas biológicas”.

5. Se prohíbe la práctica biológica en el concebido
6. Se permite la investigación *post mortem*.
7. Deben garantizarse la idoneidad y seguridad de la realización de las pruebas.

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

Con mayor rigor puede sostenerse que si bien es cierto que del parentesco se deriva la obligación alimentaria (es su fuente originaria), si es que en sede judicial sea solicitada una manutención, la lógica es que se autorice al magistrado a tender al esclarecimiento de los lazos parentales entre las partes. El hecho de demandar atención económica implica la existencia de un vínculo que, de no estar probado, corresponde al juez su definición. Entonces, se toma el elemento fáctico (la demanda) como justificación para investigar el elemento objetivo (la filiación). Todo esto bajo el argumento de que existe una necesidad e indicios de una justicia social en honor de la niñez.

Como podemos apreciar, es en vía procesal que se encuentra solución a los problemas respecto de los cuales el derecho sustantivo debiera ser más directo y, por ende, eficaz.

1.4. Estados Unidos de Norteamérica

El esclarecimiento de la filiación tiene las siguientes características: en el caso de que los progenitores no sean casados, se necesita que ambos firmen un Recono-

En el proceso de alimentos se puede fallar una filiación

La justicia y la niñez son valores humanos de máxima consagración

Trámite administrativo de paternidad

cimiento o Declaración de Paternidad (*Aknowledgement of Paternity*). En muchos casos estos firman en el hospital el día del nacimiento, en su defecto se puede recurrir a: El Departamento Demográfico Local (*Bureau Of Vital Statistics*), Oficinas de Ayuda al Niño (*Child Support Division*) o cualquiera de las Oficinas de Bienestar Público. Se tiene que formalizar la declaración, pagar una cuota para agregar el nombre del padre a la partida de nacimiento y enviarla al departamento de Servicios Sociales.

La procuraduría

Si el supuesto padre no quiere reconocer voluntariamente la paternidad, la madre puede pedir a la Corte que la ayude al esclarecimiento de la filiación del menor; es obligación de la Oficina del Procurador de cada Estado velar para que cada niño tenga un padre.

Deber de la madre de colaborar

Para este fin se realizará una serie de preguntas personales a la madre para conseguir la mayor información posible sobre el supuesto padre y el tipo de relación que mantenían (cartas, regalos, fotografías, testimonios que confirmen la relación entre ambos).

El ADN

En la mayoría de situaciones las pruebas genéticas son necesarias para decretar con exactitud la paternidad y son ordenadas por las cortes para identificar al padre. Todos los Estados norteamericanos reconocen – aparte de los célebres *blood test*– la prueba de ADN como evidencia de paternidad. Si una de las partes disputa el resultado de las pruebas, esta tiene derecho a requerir, bajo costo personal, un segundo análisis de ADN.

1.5. Chile

El nuevo estatuto filial

El 5 de julio de 2005 se publicó en Chile la Ley 20030 que “Modifica el Código Civil en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad y a la valoración de los medios de prueba”.

Proceso único de paternidad y maternidad

La ley elimina el reconocimiento judicial mediante la confesión de paternidad o maternidad prestada bajo juramento la que tenía un trámite de aplicación excep-

cional⁽¹¹⁾, siendo el procedimiento dispuesto el ordinario. Se unifican las vías voluntaria y contenciosa en un proceso único de reconocimiento de filiación que debe adecuarse a las normas procesales dispuestas en la Ley N° 19968 (30/08/2004), que crea los Tribunales de Familia⁽¹²⁾.

Se mantiene el inciso 1 del artículo 188 del Código Civil que contempla el reconocimiento sin la intervención del progenitor a quien se le atribuye la filiación, bastando que se solicite la consignación del nombre al momento de la inscripción del nacimiento.

**Modificación del
Código Civil**

El artículo 199 del Código Civil chileno queda modificado manteniéndose el inciso 1 referido a que las biopruebas serán practicadas por el servicio médico legal o por laboratorios idóneos designados por el juez. El costo es *asumido* por el Estado si son ordenadas judicialmente. Las partes tendrán derecho, por una sola vez, a solicitar un informe pericial biológico.

Lo novedoso de esta ley radica en la incorporación de los incisos 2, 3, 4, y 5 en el artículo 199 del Código Civil. Por vez primera, en Chile, se otorga a las biopruebas valor suficiente para establecer la filiación extramatrimonial o excluirla. Antes de su vigencia no se les otorgaba tal carácter, solo se permitía la presentación de toda clase de pruebas para el esclarecimiento de la filiación, las que podían ser decretadas de oficio o de parte, el solo testimonio es insuficiente (*Cfr.* artículo 198). Se consagra el principio de intermediación disponiéndose que “(..) El juez recabará por la vía más expedita posible, antes de dictar sentencia, los resultados de las pericias practicadas que no hubieren sido informa-

**¿Libertad de
prueba?**

(11) Los incisos 2, 3 y 4 del artículo 188 del Código Civil chileno contemplaban este tipo de reconocimiento.

(12) CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Boletín N° 3.043-07, Informe de la Comisión Mixta encargada de proponer la forma y modo de resolver las divergencias suscitadas entre ambas Cámaras, durante la tramitación del proyecto de ley que modifica el Código Civil en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad, y a la valoración de los medios de prueba sobre el particular.

El sistema abierto

dos al Tribunal”, como ya lo hiciéramos notar⁽¹³⁾, se mantiene el sistema abierto en cuanto a la presentación de pruebas pero con el matiz que la prueba del ADN prevalece sobre las demás.

La negativa injustificada a la prueba del ADN

Respecto de la negativa a someterse a la prueba científica se dispone la presunción en caso sea injustificada (es decir, citada dos veces, bajo apercibimiento de aplicarse la presunción de filiación, no concurre a su realización). De esta forma, se establece una presunción *iuris tantum*, lo que se deduce de una lectura sistemática del artículo 220 del Código Civil que indica la no procedencia de la impugnación de una filiación declarada por sentencia firme, salvo lo dispuesto por el artículo 320 del Código (al presunto padre o madre o hijo no le será oponible la sentencia de filiación, pudiendo iniciar la acción de filiación correspondiente). En esa medida se desvirtuará la presunción si se demuestra que la filiación declarada judicialmente (por negativa injustificada a la prueba pericial biológica) no coincide con la realidad⁽¹⁴⁾.

Proceso, reconocimiento o ADN

Además, se agrega el artículo 199 *bis* al Código Civil que dispone: si interpuesta la acción de reclamación de filiación el demandado reconoce su paternidad, el procedimiento termina. Si no comparece, o niega o manifiesta dudas acerca de su paternidad el juez ordenará la práctica de la bioprueba.

Proceso único de paternidad y maternidad

Con ello se alcanza el objetivo de contar con un procedimiento único de reconocimiento de la paternidad o maternidad que unifique las vías voluntaria y contenciosa, lo que está en concordancia con la derogación de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 188 del Código Civil,

(13) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Los vientos nuevos del sur en materia de filiación”. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano. Año 2. N° 62. Lima, 6 de setiembre de 2005. Pág. 8.

(14) Antes de la vigencia de esta ley, la negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configuraba una presunción grave en su contra, apreciada por el Tribunal pudiendo constituir un elemento de prueba cuando tuviese los caracteres de gravedad y precisión suficientes a efectos de formar el convencimiento de la Sala (artículo 426 del Código de Procedimiento Civil). De esta forma, la negativa injustificada era debidamente apreciada, pudiendo declarar o no la filiación observándose si la negativa del demandado causaba o no convicción sobre la filiación.

tal como adelantáramos. Asimismo, se dispone la subinscripción del acta que establece el reconocimiento judicial. Esto se establece con el fin que el juez no emita sentencia de reconocimiento si el demandado reconoce voluntariamente. En este caso el Tribunal remitirá al Registro Civil copia auténtica.

2. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LOS SISTEMAS ANALIZADOS

De los sistemas analizados es fácil apreciar la tendencia de revelar el nombre del progenitor. Decir quién es el padre de la criatura es una obligación de la madre. Nadie más que ella sabe quién colaboró en el engendramiento de su hijo, al menos en la generalidad de los casos. Ahí está el tema, quien debe colaborar *ab initio* es la mujer. Sin embargo, como argumenta Dutto, la cuestión identitaria del niño no puede depender del libre albedrío materno. Por ética quienes en cierta oportunidad asumieron la paternidad y maternidad –sin vicios de voluntad, concientes de su conducta y responsabilidad– son los comprometidos con la identidad de aquel (consecuente de sus relaciones) lo que trasciende a la propia motivación individual, creando circunstancias que, por afectar al niño, no pueden a su antojo desvirtuar, ocultar, tergiversar. 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”⁽¹⁵⁾. 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⁽¹⁶⁾.

**La identidad
es del niño,
no depende de
la voluntad
de la madre**

(15) DUTTO, Ricardo. *Op. cit.* Págs.154 y 155.

(16) En la jurisprudencia de Holanda tenemos el caso *Valkenhorst*, que es el nombre de una institución caritativa que durante 1920 y 1940 albergó a las madres solteras para que dieran a luz a sus hijos, algunos de los cuales han demandado a aquellas para obtener información sobre sus padres. *Cfr.* GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Op. cit.* Pág. 54.

No hace mucho la situación en el Perú era muy similar, tomando en cuenta la modificación del artículo 21 y la derogación del 392 del Código Civil ⁽¹⁷⁾.

**Restricción a la
revelación del
nombre del
progenitor**

Antes, por estos lares, sucedía que en los casos de reconocimientos diferidos se restringía la revelación del nombre de la persona con la cual tuvo el hijo, lo que tenía un matiz inconstitucional. En esta línea, la Defensoría del Pueblo, mediante Resolución Defensorial N° 023-2003-DP (24 de junio de 2003) recomendó al Congreso de la República la modificación de los artículos 21 y 392 del Código Civil y el 37 del Reglamento de la Reniec a efectos de que el hijo pueda ser inscrito con el apellido del presunto padre que no lo reconoce con el mero dicho de la madre o del padre que lo hace, sin que ello suponga un vínculo de filiación con el primero ⁽¹⁸⁾. En la práctica los hijos extramatrimoniales, conforme lo decía la norma, se inscribían con los apellidos del progenitor que los reconoció, sea el padre o la madre.

**Permisibilidad a la
revelación del
nombre del
progenitor**

Hoy por hoy, se puede revelar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo, lo que no es más que reconocer lo obvio y axiomático (al menos para quien lo hace). En este caso, el hijo lleva el apellido de quien lo inscribió y el del presunto progenitor, lo cual no genera vínculo de filiación tan solo permite el ejercicio del derecho al nombre como parte de la identidad. Lo sugestivo y seductor de la nueva norma es que luego de la inscripción (dentro de los treinta 30 días), el registrador asumiendo su responsabilidad pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho a efectos que confirme o niegue la paternidad administrativamente señalada, solo esperemos que lo haga.

(17) Mayor referencia *Vid.* ESPINOZA ESPINOZA, Juan: “La Ley N° 28720 y el mal entendido derecho a la identidad del menor”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo N° 150. Gaceta Jurídica. Lima, mayo de 2006. Pág. 49 y ss.

(18) DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Compendio de Resoluciones Defensoriales, Tomo II, Lima, 2000-2004. Págs. 351 a 364. La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los/as hijos/as extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Serie Informes Defensoriales, Informe N° 74, Lima, setiembre de 2003.

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

No es para menos pero este era un cambio bastante ansiado en nuestro Código Civil, la práctica es la que fijará el nuevo rumbo.

CAPÍTULO VI

VISOS DE CONCLUSIÓN

CAPÍTULO VI

VISOS DE CONCLUSIÓN

La determinación del *nexum filii* merece una justa solución.

La Ley N° 28457, intimatoria de paternidad extramatrimonial, no es una ley de encaje. Es una buena ley, pero que no representa una solución integral, en todo caso. Tiene sus *pro* y sus *contra*, como apreciamos en rigor con este ensayo. Los primeros con mayor ventaja frente a los segundos.

Serán más los beneficiados que los perjudicados. El hijo en vez que el padre, sin enfrentamiento, solo retrepados en verdades. Uno de los dos, el que generó la filiación –no el generado– asumirá un sacrificio en proporción a su acto y reponsabilidad. Antes se cometían más abusos, lo ancho para el padre y lo angosto para el hijo fue la consigna del otrora modelo procedimental. Las cosas se revierten, el cauce cambió. Pensamos que es una solución parcial al problema central en el esclarecimiento del parentesco.

Con el antiguo proceso enrevesado en trámites, papeles, decires, desconociendo la fuerza probatoria de la genética ante el estado de indefensión, de soledad e impotencia de niños sin padres, desconocedores de su identidad, de qué justicia podía hablarse. No se quiere

**El nuevo
proceso como
solución integral**

**El beneficio
debe ir dándose**

**No solo un
cambio de estilo,
el proceso
fija un nuevo
estatuto filial**

más de lo mismo. Se necesitaba un cambio. Este es un radical porque la coyuntura lo requiere. Esperemos el desarrollo ordenado de esta nueva era en el estatuto de la filiación. Ayudemos a crear una conciencia en nuestros futuros “padres” y en los nuevos “hijos”. No dejemos a expensas del litigio la solución de estos casos; en el fondo este proceso desalienta, mejor dicho disuade, la paternidad irresponsable tendiendo al reconocimiento voluntario. García Cantero acertadamente constata que “Quizá una de las cuestiones más importantes para el siglo XXI será repensar la paternidad (*rethinking the parenthood*)⁽¹⁾”, al menos en el Perú estamos dando un primer y decisivo gran paso.

Esta ley –y todas en general– no ofrece soluciones eficaces, solo alternativas. Depende de nosotros que encontremos la manera más correcta de alcanzar que cada sentimiento coincida con las relaciones humanas.

(1) GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Op. cit.* Pág. 75.

LEY N° 28457

LEY Nº 28457
Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial

El Peruano, 8 de enero de 2005

EL PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

Artículo 1º.- Demanda y Juez competente

Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Artículo 2º.- Oposición

La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica de ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179º y siguientes del Código Procesal Civil.

El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo.

Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Artículo 3º.- Oposición fundada

Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso.

Artículo 4º.- Oposición infundada

Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso.

Artículo 5º.- Apelación

La declaración judicial de filiación podrá ser apelada dentro del plazo de tres días. El juez de Familia resolverá en un plazo no mayor de diez días.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA.- Modifica el artículo 402° inciso 6) del Código Civil

Modifícase el artículo 402° inciso 6) del Código Civil, en los términos siguientes:

“Artículo 402°.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: (...)

6. 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.

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 desestimarás las presunciones de los incisos procedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza”.

SEGUNDA.- Modifica los artículos 53° y 57° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Modifícanse los artículos 53° y 57° del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica del poder Judicial, en los términos siguientes:

Artículo 53°.- Competencia de los Juzgados de Familia

Los Juzgados de Familia conocen:

En materia civil:

a) Las pretensiones relativas a las disposiciones generales del Derecho de Familia y a la sociedad conyugal, contenidas en las Secciones Primera y Segunda del Libro III del Código Civil y en el Capítulo X del Título I del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes.

b) Las pretensiones concernientes a la sociedad paterno-filial, con excepción de la adopción de niños adolescentes, contenidas en la Sección Tercera del Libro III del Código Civil, y en los Capítulos I, II, III, VIII y IX del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes y de la filiación extramatrimonial prevista en el artículo 402° inciso 6) del Código Civil.

(...)

Artículo 57°.- Competencia de los Juzgados de Paz Letrados

Los Juzgados de Paz Letrados conocen:

En materia civil:

1. De las acciones derivadas de actos o contratos civiles o comerciales, inclusive las acciones interdictales, posesorias o de propiedad de bienes muebles o inmuebles, siempre que estén dentro de la cuantía señalada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

2. De las acciones de desahucio y de aviso de despedida conforme a la cuantía que establece el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

3. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria que establezca la ley, diligencias preparatorias y legalización de libros contables y otros;
4. De las acciones relativas al Derecho Alimentario, con la cuantía y los requisitos señalados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
5. De las tercerías excluyentes de propiedad, derivadas de los procesos de su conocimiento. Si en éstas no se dispone el levantamiento del embargo, el Juez de Paz Letrado remite lo actuado al Juez Especializado que corresponda, para la continuación del trámite. En los otros casos levanta el embargo, dando por terminada la tercería;
6. De los asuntos relativos a indemnizaciones derivadas de accidentes de tránsito, siempre que estén dentro de la cuantía que establece el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
7. De los procesos ejecutivos hasta la cuantía que señale el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
8. De las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402° inciso 6) del Código Civil;
9. De los demás que se señala la ley.

TERCERA.- Disposición modificatoria y derogatoria

Modificase o derógase toda disposición que se oponga a lo dispuesto en la presente Ley.

CUARTA.- Proceso en trámite

Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente Ley.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los cuatro días del mes de diciembre de dos mil cuatro.

ÁNTERO FLORES-ARAOZ E.

Presidente del Congreso de la República

NATALE AMPRIMO PLÁ

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

No habiendo sido promulgada dentro del plazo constitucional por el señor Presidente de la República, en cumplimiento de los artículos 108° de la Constitución Política y 80° del Reglamento del Congreso, ordeno que se publique y cumpla.

En Lima, a los siete días del mes de enero de dos mil cinco.

ÁNTERO FLORES-ARAOZ E.

Presidente del Congreso de la República

NATALE AMPRIMO PLÁ

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

**JURISPRUDENCIA
RELACIONADA**

PLENOS JURISDICCIONALES

PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE MOQUEGUA

La Ley 28457 crea una forma especial de solicitar la filiación de paternidad extramatrimonial, la cual debe cumplirse con la misma y en efecto tramitarse la filiación extramatrimonial, en ese proceso especial, dado que el proceso que se ha diseñado por la Ley 28457 que modifica el artículo 402 del C.C. es un proceso de naturaleza especial que no se ajusta a ninguno de los procesos del Código Procesal Civil. Sin embargo, tratándose de un derecho tan importante como es la filiación, que además va a significar la imputación de una paternidad que va a generar obligaciones para el padre y del que van a nacer derechos para el hijo, el proceso adoptado por la norma no aparece ser el más adecuado.

ACUERDO N° 2 DECLARACIÓN JURADA DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

1. ASUNTO

El artículo 386 del Código Civil, señala que “son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”. Asimismo el artículo 387 del Código Civil, indica que el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o a la maternidad, son los únicos medios de la prueba de afiliación extramatrimonial.

El artículo 388 del Código Civil, señala que el hijo extramatrimonial, puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.

El artículo 402 del Código Civil señala que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

- 1.- Cuando exista escrito indubitable del padre que la admita.
- 2.- Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
- 3.- Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción.
- 4.- En los casos de violación, raptó 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 la época contemporánea con la concepción siempre que la promesa conste de manera indubitable.

6.- Cuando se acredite el 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 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.

El Juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética y otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Artículo 406 del Código Civil: la acción se interpone contra el padre o contra sus herederos si hubiese muerto.

Artículo 407 del Código Civil: La acción corresponde sólo al hijo, empero, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de este, el tutor y el curador, en su caso, requieren autorización del consejo de familia.

Artículo 408 del Código Civil: la acción puede ejercitarse ante el Juez del domicilio del demandado o del demandante.

Artículo 412 del Código Civil: la sentencia que declara la paternidad o maternidad extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento.

Artículo 413 del Código Civil: en los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

EL PLENO ACUERDA

Por unanimidad:

PRIMERO.- En tanto la Ley 28457 crea una forma especial de solicitar la filiación de paternidad extramatrimonial, debe cumplirse con la misma y en efecto tramitarse la filiación extramatrimonial, en ese proceso especial, dado que el proceso que se ha diseñado por la Ley 28457 que modifica el artículo 402 del C.C. es un proceso de naturaleza especial que no se ajusta a ninguno de los procesos del Código Procesal Civil. Sin embargo, tratándose de un derecho tan importante como es la filiación, que además va a significar la imputación de una paternidad que va a generar obligaciones para el padre y del que van a nacer derechos para el hijo, el proceso adoptado por la norma no aparece ser el más adecuado.

SEGUNDO.- Es posible que dentro de ese proceso especial se solicite el auxilio judicial y bajo el principio de trascendencia dado el carácter especial del proceso no se formara cuaderno aparte, y en el caso de concederse el auxilio, es el Estado el que deberá correr con los gastos de realización de la prueba de ADN.

TERCERO.- En el proceso de reconocimiento de filiación de paternidad extramatrimonial se cumple con el Principio de Pluralidad de instancias con el pronunciamiento del Juez de Primera Instancia respecto de la resolución pronunciada por el Juez de Paz Letrado.

CUARTO.- Este proceso no se equipara a un proceso ejecutivo, ni a ningún proceso de los previstos en el Código Procesal Civil, por su naturaleza especial.

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

QUINTO.- No es necesaria la realización de una audiencia por cuanto se desnaturalizaría el trámite. Debe tenerse en cuenta que la naturaleza de la prueba científica es irrefutable, por tanto no es necesario la explicación del dictamen pericial en Audiencia.

MOTIVOS NO ACOGIDOS POR EL PLENO

- Se debe solicitar a la Reniec u otro organismo estatal como la Sunat, la información sobre el domicilio del demandado, a fin de evitar la vulneración de su derecho de defensa en caso de domicilio dudoso o desconocido.
- Si en el proceso se produce la prueba pericial de ADN, debe debatirse dicha pericia en una audiencia, para garantizar el debido proceso.

El trámite establecido para esos casos transgrede el derecho constitucional al debido proceso en lo referido a la garantía de que todo fallo judicial debe ser suficientemente motivado.



PLENO JURISDICCIONAL DE FAMILIA DE 1997

PRUEBA DE ADN: PROCESOS DE DECLARACIÓN DE PATERNIDAD

Es procedente ordenar la prueba del ADN en los procesos de declaración de paternidad; sin embargo, no debe exigirse su cumplimiento contra la voluntad del llamado a someterse a dicha prueba, pues ello atentaría contra su libertad individual. En los casos de negarse la parte, esta conducta será apreciada por el juez, pudiendo extraer conclusiones negativas para el que se opuso, de conformidad con el artículo 282 del CPC.

¿Es procedente ordenar esta prueba para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, pese a que atentaría contra la libertad e integridad personal (según alega)?

PETICIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL

El trabajo grupal y las discusiones no sólo dieron lugar a conclusiones sino a pedidos expresos, algunos de los cuales fueron aprobados por consenso o por amplia mayoría.

DE ORDEN ADMINISTRATIVO

1. Contar con equipos multidisciplinarios para apoyar al magistrado en cada sede de Corte.
2. Contar con las instituciones que colaboren en la aplicación de las medidas socio-educativas
3. Implementar programas de promoción del niño y del adolescente.

DE ORDEN LEGISLATIVO

1. Modificación legislativa para el régimen de semilibertad sea tipificado claramente como una medida autónoma.
2. Aprobación del Código de Familia para que superen las contradicciones existentes entre el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes.
3. Deberá considerarse en el Proyecto de modificación del Código de los Niños y Adolescentes lo siguiente:

EN LO TUTELAR

Separación del área tutelar de la labor jurisdiccional, en lo que respecta a las investigaciones tutelares por abandono moral y material de niños y adolescentes.

Las adopciones en materia tutelar, deben iniciarse en el Ente Rector, y llegar al despacho judicial sólo para la declaración judicial de filiación.

EN LO PENAL

1. De conformidad con el sistema de reinserción social del adolescente infractor, aprobado por Resolución Administrativa N° 539d-CME-PJ del 2 de diciembre de 1997:
Modificar el tiempo de cumplimiento de las medidas socio-educativas; elevar el período de internación hasta 5 años, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 250

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

del Código de los Niños y Adolescentes en concordancia con el Código de Procedimientos Penales, para los casos de comisión de infracciones graves.

Modificar el tiempo de cumplimiento de las medidas socio-educativas en libertad, graduándolas según el caso: libertad asistida, semilibertad y prestación de servicios a la comunidad.

2. Modificar el artículo 249 del Código de los Niños y Adolescentes incluyendo la semilibertad como medida socio-educativa, la que técnicamente es una medida de internación con suspensión en la ejecución del fallo, que debe sujetarse al Programa del mismo nombre contenido en el Sistema de Reinserción Social del Adolescente Infractor.
3. Modificar los alcances de las instituciones procesales de la jurisdicción y de la competencia en el Código de los Procedimientos Penales, para aplicarlas al nuevo diseño de despacho judicial en materia de menores de edad, en especial a lo referente a infractores, Competencia de los jueces del distrito judicial en donde se encuentre un Centro Juvenil de internación o uno de atención ambulatoria - SOA)
4. Incluir el principio de minoridad contemplado en el Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en el Título Preliminar del Código Procesal Penal.
5. Separación definitiva de las áreas de competencia de los jueces de familia, debiendo quedar sólo el área civil y el área penal. En cuanto al área tutelar, ésta debe ubicarse en el área civil (todos los temas que actualmente conocen los jueces en lo tutelar, a excepción de las investigaciones tutelares por abandono moral y material).

Por consenso se estableció que sí es procedente ordenar la prueba del ADN en los procesos de declaración de paternidad; sin embargo, no debe exigirse su cumplimiento contra la voluntad del llamado a someterse a dicha prueba, pues ello atentaría contra su libertad individual. En los casos de negarse la parte, esta conducta será apreciada por el juez, pudiendo extraer conclusiones negativas para el que se opuso, de conformidad con el artículo 282 del CPC.

Lima, Marzo de 1998

COMISIÓN DEL PLENO JURISDICCIONAL DE FAMILIA

Dr. Alfredo Ferreyros Paredes

Dra. María Teresa Montes Rengifo

Dra. Elvira Álvarez Olazábal

PRUEBA DE ADN

PRUEBA DE ADN: APROXIMACIÓN CIENTÍFICA QUE CAUSA PLENA CERTEZA

Siendo un cálculo de probabilidad el acontecimiento de la paternidad extramatrimonial, es de resaltar la prueba del ADN, la misma que viene a dar plena certeza respecto del padre biológico, con un nivel de aproximación científica del 99.86%.

El carácter científico de la prueba genética del ADN da valores absolutos que encuadran perfectamente en la ratio legis del Código Civil y debe ser admitida por el Juzgador sin reserva ni limitaciones.

EXP. N° 3114-96

SALA N° 6

Lima, ocho de julio de mil novecientos noventa y siete.

VISTOS, interviniendo como Vocal Ponente el Señor Quiroga León; de conformidad con lo opinado por la Señora Fiscal Superior de Familia que obra a fojas seiscientos ochentis y seis; por sus fundamentos pertinentes; y, **CONSIDERANDO**, además: **Primero.-** Que la demanda de fojas uno contiene como pretensión jurídica –bajo la denominación incorrecta de “impugnación de paternidad”– la petición de que en la partida de nacimiento del menor Jesús Álvarez Solano, nacido en Lima el nueve de mayo de mil novecientos ochentinueve, que obra a fojas ciento sesentis y seis en copia certificada, y a la que se refieren diversos documentos probatorios de esta causa, se excluya la referencia del demandante como padre extramatrimonial del mismo; **Segundo.-** Que, como ya queda anotado, la pretensión denominada en esta causa de “impugnación de paternidad” es impropia, y por ende improcedente por dicha causa, por cuanto tal instituto sólo está reservado para el padre matrimonial que desea impugnar la paternidad que la ley y el instituto del matrimonio le imponen bajo la presunción *Pater Ist*, o en el supuesto de la filiación extramatrimonial dentro de los límites del artículo 399° del Código Civil, lo que no es aplicable al caso del demandante por cuanto no ha contraído nupcias con la demandada ni se ha procedido a reconocer al menor en cuestión y, precisamente por ello es que, solicita la exclusión de su nombre y referencia como padre extramatrimonial por cuanto no está casado y alega que no le corresponde la paternidad que dicha copia certificada de la partida de nacimiento del menor en cuestión le señala, conforme lo estatuido en el artículo 400° del Código Civil, que se refiere al acto del reconocimiento del hijo extramatrimonial, lo que no ha acontecido en el presente caso, pues el demandante no ha reconocido dicha paternidad en ninguna de las modalidades que el artículo 390° del texto legal ya citado; **Tercero.-** Que, en consecuencia, quien no ha

reconocido un hijo extramatrimonial, ni le ha sido reconocido para él conforme a ley, carece de legitimidad para impugnar un reconocimiento que no se ha producido; **Cuarto.-** Que, a mayor abundamiento de la prueba producida y aportada en la presente causa, se encuentra el antecedente de que con anterioridad a la demanda de fojas uno, ya el Poder Judicial había sentenciado al demandante como “padre alimentista” del menor en cuestión, lo que a la luz del artículo 415° del Código Civil constituye un principio de prueba respecto de la pretensión principal de la acción reconvenzional de fojas ochentidós; **Quinto.-** Que, en adición a todo lo anterior, que forma en el Juzgador una convicción relativa de veracidad respecto de la pretensión principal materia de la reconvencción, siendo por tanto un cálculo de probabilidad el acontecimiento de la paternidad extramatrimonial del demandado respecto del menor sub - materia, es del caso resaltar la existencia en autos de la pericia genética –o también llamada “prueba de ADN”– ordenada a fojas quinientos sesentiocho, y llevada a cabo conforme aparece desde fojas quinientos sesentinueve hasta fojas seiscientos seis, la misma que viene a corroborar, y en definitiva a dar plena certeza, al principio de prueba ya mencionado respecto del carácter de padre biológico del demandante respecto del menor en cuestión, un nivel de aproximación científica del noventa y nueve punto ochentiséis por ciento, esto es, en factores humanos, casi certeza absoluta que el Juzgador debe saber reconocer y admitir en un proceso judicial; **Sexto.-** Que, si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 402° del Código Civil, son cinco los supuestos legales para la investigación judicial de la paternidad, no es menos cierto que dichas previsiones legales no tienen otro objeto que acercar a la ley, y por lo tanto al Juez, a la veracidad de los hechos en una filiación extramatrimonial ante la ausencia de reconocimiento expreso conforme a ley, de manera que si hoy día el avance científico de la ciencia médica, sobre todo en la genética, permiten la misma aproximación, ello no debe ser descuidado ni desdeñado, ya que el propio Código Civil del mil novecientos ochenticuatro, se acercaba a la investigación científica de la paternidad con la previsión del artículo 413°, cuando admita como válida la prueba negativa de los tipos sanguíneos; **Séptimo.-** Que, en consecuencia, haciendo de ello una interpretación *a-fortiori*, esto es, con mayor razón, la prueba genética de la determinación de la paternidad por la vía del análisis celular del ácido desoxirribonucleico (ADN) está contenida en el espíritu del texto legal, sobre todo en la primera parte, *in-fine*, del ya citado numeral 413° cuando se refiere que “en los juicios sobre declaración de paternidad (...) extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica (...)” - subrayado agregado; **Octavo.-** Que, en consecuencia, siendo el objeto legal de la investigación judicial de la paternidad extramatrimonial la determinación fehaciente de tal filiación, el numeral 402° del Código Civil es, en realidad, parámetros legales inductores del modo y forma de llegar a tal convicción, donde una prueba de carácter científico como la genética del ADN, de valores casi absolutos, encuadra perfectamente en la Ratio Legis del Código Civil y debe ser admitida por el Juzgador sin reserva ni limitaciones tanto más si se ha llevado a cabo en conjunto por laboratorios genéticos del Perú con asistencia extranjera y bajo el refrendado del Instituto de Medicina Legal; **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas seiscientos cincuenticinco a fojas seiscientos cincuentinueve, su fecha veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis, que declara fundada la de reconvencción de fojas ochentidós y siguientes, infundadas las impugnaciones y tachas de fojas ciento veinticinco, ciento cuarentiséis y doscientos dos; en consecuencia el demandante Willy Roy Chávez Lescano, es padre biológico extramatrimonial del menor xxxxxxxxxxxxxxxxxxx, nacido el nueve de mayo de

mil novecientos ochentinueve, en el Distrito de San Martín de Porres, de esta capital, habido de sus relaciones maritales con doña Nelly Ida Solano Suasnabar, oficiándose oportunamente al señor Alcalde de la Municipalidad de San Martín de Porres, para que en el margen de la partida de nacimiento número mil trescientos cuarentidós, se anote la filiación extramatrimonial declarada judicialmente en el Libro cinco - A de dicha Municipalidad, registrado de acuerdo al Decreto Ley número diecinueve mil novecientos ochentisiete, y así mismo que el demandante pague a la demandada la suma de tres mil dólares americanos o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio a la fecha de pago por concepto de toda indemnización, más intereses y costas del juicio; la **REVOCARON** en el extremo que declara infundada la demanda de fojas uno en todas sus partes, **REFORMÁNDOLA** la declararon improcedente; y, los devolvieron.
S.S. MANRIQUE ZEGARRA; PEÑARANDA PORTUGAL; QUIROGA LEÓN



PRUEBA DE ADN: CARÁCTER CONCLUYENTE EN LOS PROCESOS DE PATERNIDAD

Los análisis de ADN constituyen en nuestros días una prueba concluyente para determinar la paternidad. En el presente proceso, la actora pretende que al demandado se le declare padre de su menor hijo amparándose en la correspondencia que ha cursado con éste durante la etapa de la concepción y durante la época de su embarazo. La Corte Suprema declara que estas pruebas son insuficientes.

EXP. N° 316-88-LIMA

DICTAMEN N° 473-88

Señor Presidente:

Viene para vista Fiscal, la causa seguida por doña Teodora Vela Gárate; contra don Hans Chacón Cavero, sobre declaración de paternidad.

Fluye de la demanda de fs. 2, que la actora solicita se declare que el demandado es el padre de su menor hijo Gabriel Humberto Chacón Vela, nacido el 07 de junio de 1983, en la ciudad de Pisco, como fruto de las relaciones sexuales sostenidas con el emplazado. Refiere que lo conoció en la ciudad de Puno en junio de 1980, cuando cursaba el 5to. año de secundaria, y el demandado era oficial del Ejército, en el Grado de Capitán; que en marzo de 1981 empezaron sus relaciones amorosas, y en junio del mismo año, bajo promesa de matrimonio, sus relaciones sexuales, las que continuaron en diversas fechas y ciudades hasta los días 18 ó 19 de setiembre de 1982; que cuando le comunicó su estado de embarazo, el demandado se alejó un poco de ella, pretextando cosas sin importancia, pero cuando dio a luz, la ayudó para atender los gastos relacionados con el embarazo. Apoya la demanda, en lo dispuesto por los arts. 348°, 366 inc. 1 y 3, 378° y 382° del C.C.⁽¹⁾.

Corrido traslado de la demanda, es absuelto el trámite en forma negativa, en los términos que aparece del recurso de fs.13, sosteniendo el demandado, que le fue presentada la accionante, en la ciudad de Puno por las inmediateces de la Plaza de Armas, no volviendo a tener más conocimiento de ella, hasta la interposición de esta demanda. Hace presente que durante su estadía en la ciudad de Puno, residía en la Guarnición de la Villa Militar, en compañía de su esposa y menores hijos.

(1) Art. 348 del Código Civil: “Son hijos ilegítimos los nacidos fuera del matrimonio”

Art. 366 Inc. 1 y 3 del Código Civil: “La paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada: 1.- Cuando exista escrito indubitado del padre en que la reconozca. 3.- En los casos de violación, estupro o raptó, cuando la época del delito coincida con la de la concepción”.

Art. 378 del Código Civil: “La acción puede ser intentada contra el padre o sus herederos”.

Art. 382 del Código Civil: “El plazo para interponer la acción es de tres años, que comenzarán a contarse desde el día del nacimiento, o desde la cesación de los socorros suministrados directa o indirectamente por el demandado”.

A fs. 126, se dicta sentencia, declarándose infundada la demanda, infundada la tacha tramitada en el cuaderno de su propósito y sin objeto pronunciarse sobre la impugnación de fs. 59. Interpuesto recurso de apelación, por sentencia de vista de fs. 156, revocaron la apelada, en la parte que declara infundada la demanda, la que declararon fundada, motivando el recurso de nulidad, interpuesto por el demandado.

Al contestar la demanda, el emplazado manifiesta que sólo ha visto a la demandada una sola vez, y esto es, cuando se conocieron en las inmediaciones de la Plaza de Armas de Puno. La confesión de la demandada de fs. 67, y más concretamente, la forma en que se encuentran redactadas la séptima y octava repregunta, demuestran lo contrario, revelando que entre las partes hubo más que una simple amistad y no otra cosa puede revelarse, cuando se le pregunta a la actora, por la fecha en que se produjo su último ciclo menstrual. Esto, aunado al mérito de las cartas remitidas por el emplazado, y que obran en fotocopia de fs. 24 a fs. 39 y originales de fs. 71 a fs. 94, coincidentes muchas de ellas con la época de la concepción del menor para quien se plantea la acción, demuestra que ha existido entre los litigantes un verdadero estado de concubinato, y si bien dicho extremo no ha sido contemplado en la demanda, resulta aquí de aplicación, lo dispuesto en el Art. VII del Tit. Prel. del C.C., por lo que resulta amparable la acción invocada, tanto más que deduciéndose de la confesión de la demandante, que el emplazado ha puesto en tela de juicio su honorabilidad de aquella (ver 5ta. repregunta), no aportado prueba que acredite tal hecho. Los incidentes se encuentran resueltos con arreglo a ley.

Conceptúa este Ministerio Público que **NO HAY NULIDAD** en la recurrida.

Lima, 01 de junio de 1988.

CÉSAR ELEJALDE ESTENSSORO,

Fiscal Supremo en lo Civil.

Lima, 24 de enero de 1990.

VISTOS; con el acompañado; con lo expuesto por el señor Fiscal; por los fundamentos de la sentencia de primera instancia; y **CONSIDERANDO**:

Que las pruebas actuadas en autos son insuficientes para corroborar los fundamentos expuestos en la demanda; declararon **HABER NULIDAD** en la resolución de vista de fojas ciento cincuentiséis, su fecha veintisiete de octubre de mil novecientos ochentisiete, en la parte recurrida, que revocando la apelada de fojas ciento veintiséis, fechada el once de octubre de mil novecientos ochenticinco, declara fundada la demanda; con lo demás que contiene; reformando la de vista, confirmaron la de Primera Instancia que declara **INFUNDADA** dicha demanda; sin costas; en los seguidos por don Eleodoro Vela Gárate con Hans Chacón Cavero, sobre declaración judicial de paternidad; y los devolvieron.

S.S. BELTRÁN; ÁLVAREZ; PORTUGAL; PERALTA; MONTOYA.

EL VOTO DEL SEÑOR VOCAL QUE SUSCRIBE, DOCTOR MONTOYA ANGUERRY es como sigue:

Por los fundamentos pertinentes de la recurrida; y **CONSIDERANDO** Además: Que las situaciones que dan lugar a la declaración de paternidad ilegítima (ahora extrama-

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

trimonial) conforme al artículo trescientos sesentiséis del Código Civil derogado, constituyen la expresión del supuesto hecho sustancial que es la relación sexual mediante la cual se produce la concepción respectiva; que en consecuencia, si a través de la prueba actuada se llega a la convicción de que han existido relaciones amorosas y sexuales entre las partes y si, además, no se prueba, ni se alega –como en el presente caso– que la actora ha incurrido en la conducta sancionada en el artículo trescientos setentiuno del indicado Código Civil, no queda sino admitir la pretensión de la demandante; que la indicada convicción surge claramente del contenido de las cartas glosadas por la recurrida; **MI VOTO** es porque se declare **NO HABER NULIDAD** en la resolución de vista, que confirmando en un extremo y revocando en otro la apelada declara fundada la demanda; con lo demás que contiene.

S. MONTOYA.

 **PRUEBA DE ADN:
CARÁCTER ILUSTRATIVO**

Si bien es cierto que la prueba de ADN reviste un reconocido grado de certeza científica, también es cierto que no obliga al Juzgador, pues se debe atribuir a dicha prueba la calidad de ilustrativa con sujeción a las reglas de la crítica.

EXP. N° 3446-96

SALA N° 6

Lima, veintiséis de junio de mil novecientos noventa y siete

VISTOS, interviniendo como Vocal Ponente el Señor de Piérola Romero; por sus fundamentos, y de conformidad con lo expuesto por la Señora Fiscal Superior, y, **CONSIDERANDO**, además: **Primero.-** Que mediante resolución de fojas doscientos veintisiete, su fecha nueve de enero del presente año, este Colegiado, accediendo a la petición formulada por la parte demandada, ordenó que se practicara la prueba de ADN bajo su costo, nombrándose a las especialistas en genética que en dicha resolución se menciona; **Segundo.-** Que en el documento que aparece a fojas doscientos sesentiséis denominado “Determinación de Paternidad” emitido por las especialistas en genética nombradas y que lo suscriben, se menciona que la prueba practicada arroja una probabilidad de paternidad del noventa y nueve punto setenta por ciento, y, que con dicho nivel de probabilidad se “demuestra que el señor Rómulo Daniel Álvarez Eguilu, es el padre biológico de la niña Fiorella Miluska Álvarez Valverde”; **Tercero.-** Que si bien es cierto que la prueba de ADN reviste un reconocido grado de certeza científica, también es cierto que no obliga al juzgador, debiendo atribuírsele la calidad de ilustrativa y su sujeción a las reglas de la crítica; **Cuarto.-** Que sin perjuicio de lo anteriormente enunciado, el demandado no ha formulado observación alguna a la referida prueba, solicitada por él mismo; **CONFIRMARON** la sentencia apelada corriente de fojas ciento sesentiocho a fojas ciento setentinueve, su fecha diez de setiembre de mil novecientos noventa y seis, que declara fundada en parte la demanda, interpuesta por doña Cergia Adela Valverde Sifuentes; y, en consecuencia ordena que el demandado Rómulo Daniel Álvarez Valverde, cumpla con acudir a la menor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, con una pensión alimenticia mensual y adelantada equivalente al veinte por ciento de su remuneración mensual, incluyéndose cualquier otra bonificación que por todo concepto reciba, la misma que regirá a partir de la notificación de la demanda; y, los devolvieron.

S.S. FERREYROS PAREDES; VALCARCEL SALDAÑA; DE PIÉROLA ROMERO



PRUEBA DE ADN: IDONEIDAD EN EL PROCESO DE HIJO ALIMENTISTA

La pretensión demandada relativa a la acción alimentaria del hijo alimentista se encuentra prevista en el artículo 415° del Código Civil, por lo que se debe analizar si el demandado ha sostenido relaciones sexuales con la demandante durante la época de la concepción de la menor, para lo cual resulta idónea la prueba del ADN ordenada por la Juez de Familia, teniendo en cuenta el interés superior del niño previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

CAS. N° 3209-2001-LIMA

Lima, quince de setiembre de dos mil tres

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, vista la causa en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO: Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fojas doscientos treintiséis, su fecha veintisiete de julio de dos mil uno, expedida por la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, que revocando la sentencia apelada de fojas ciento noventa y ocho, su fecha diez de abril del mismo año, declara infundada la demanda en los seguidos por Nora contra Luis, sobre alimentos.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Mediante Resolución del seis de marzo de dos mil dos, esta Corte ha estimado procedente el recurso de casación interpuesto por doña Nora por la causal prevista en el inciso 3° del artículo trescientos 386° del Código Procesal Civil, al amparo del cual la recurrente denuncia la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso e infracción de las normas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, argumentando que la sentencia recurrida reproduce los hechos expuestos por el demandado contraviniendo el inciso 5° del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, al no haber sido debidamente sustentado y fundamentado de acuerdo a ley.

3. CONSIDERANDOS: Primero.- Analizada la sentencia recurrida, se advierte que la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima no ha tenido en cuenta que en la continuación de la Audiencia Unica de fojas ciento catorce, su fecha veintitrés de octubre del dos mil, el Juzgado ordenó de oficio se practique la prueba del ADN, conforme el artículo 194° del Código Procesal Civil a fin de formarse convicción, lo que constituye una decisión inimpugnable, sin embargo, en el expediente no aparece que se hayan agotado todos los medios necesarios para su actuación. **Segundo.-** La pretensión demandada relativa a la acción alimentaria del hijo alimentista se encuentra prevista en el artículo 415° del Código Civil, por lo que se debe analizar si don Luis ha sostenido relaciones sexuales con doña Nora durante la época de la concepción de la menor Daniela, cuyo nacimiento ocurrió el once de mayo de mil novecientos ochentinueve, según la Partida de Nacimiento obrante a fojas ochentitrés, para lo cual resulta idónea la prueba del ADN ordenada por la Juez de Familia, teniendo en cuenta el

interés superior del niño previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. **Tercero.**- Las sentencias emitidas por las instancias de mérito no tienen suficiente motivación fáctica y jurídica, incumpliendo las exigencias del inciso 3) del artículo 122° del Código Procesal Civil, pues no han establecido si al retorno a la ciudad de Lima en mayo de mil novecientos noventa y ocho, don Luis habría continuado o no manteniendo relaciones sexuales con Nora. **Cuarto.**- La sentencia de vista no valora los medios probatorios en forma conjunta para sustentar su decisión, pues no dice nada sobre las fotografías obrantes a fojas 18 en las que aparecen juntas las partes, inobservando lo dispuesto en el artículo 197° e inciso 4) del artículo 122° del Código anotado, afectándose el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales consagrado en el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado. **Quinto.**- En consecuencia, el recurso de casación por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso e infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales resulta fundado.

4. DECISIÓN:

Estando a las consideraciones precedentes, con lo expuesto en el Dictamen Fiscal y de conformidad con lo dispuesto en el acápite 2.3 del inciso 2) del artículo 396° del Código Procesal Civil.

a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación de fojas doscientos cuarenta, interpuesto por Nora, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas doscientos treintiséis, su fecha veintisiete de julio de dos mil uno, emitida por la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima e **INSUBSISTENTE** la sentencia de fojas ciento noventa y cinco, su fecha diez de abril del mismo año.

b) **ORDENARON** que el Juez de Familia expida nuevo fallo, dando cumplimiento a lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución, activando previamente la prueba de ADN ordenada de oficio en la continuación de la Audiencia Unica de fojas ciento catorce.

c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad, en los seguidos con don Luis, sobre alimentos; y los devolvieron.

PRUEBA DE ADN: INVIABILIDAD EN CASO DE COSA JUZGADA EN PROCESO ANTERIOR DE HIJO ALIMENTISTA

En el presente caso la demandante solicita pensión por alimentos sobre la base de la prueba genética (ADN) u otra de validez científica. No obstante, anteriormente había iniciado otro proceso de alimentos, el cual tenía la calidad de cosa juzgada, sustentándola en la causal de relaciones sexuales con el demandado durante la época de la concepción. En la presente sentencia se declara improcedente el recurso, dado que ambos petitorios se sustentan en la misma causal, es decir las relaciones sexuales habidas durante la concepción, siendo amparable la excepción de cosa juzgada presentada por el demandado.

CAS. N° 2817-2001-PIURA

Lima, primero de abril de dos mil dos

VISTOS; con los acompañados; verificado el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso; y **ATENDIENDO: Primero.-** La recurrente no ha consentido de la resolución de primera instancia que le fue adversa, por lo que no satisface la exigencia de procedencia del recurso previsto por el inciso 1 del artículo 388 del Código Procesal Civil. **Segundo.-** Es materia del presente recurso impugnatorio la resolución de vista de fojas trescientos setentiduatros, su fecha veintitrés de julio de dos mil uno, por la que, confirmando la apelada contenida en la audiencia única, declara fundada la excepción de cosa juzgada deducida por la demandada. La recurrente invoca como motivaciones de su recurso las causales previstas por los tres incisos del numeral trescientos ochentiséis del Código aludido. **Tercero.-** La Sala Superior, mediante la resolución materia del presente recurso de casación, ampara la excepción de cosa juzgada deducida por la parte emplazada apoyada en que con anterioridad al presente proceso de alimentos la actora le ha seguido al demandado otro proceso de alimentos sustentado en el artículo 415 del Código Civil, esto es, en la regla jurídica que prevé que, fuera de los casos señalados por el numeral 402 del mismo ordenamiento, el hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años, proceso que ha terminado mediante resolución dictada por la Suprema Corte agotándose los recursos impugnatorios previstos por la ley y que en el presente caso la demandante esgrime los mismos hechos y nuevamente invoca como fundamento jurídico el mencionado precepto legal. De donde se deduce que para reclamar procedente o no el recurso de casación deben analizarse esencialmente los fundamentos invocados por la recurrente en relación a la excepción de cosa juzgada. **Cuarto.-** La impugnante, amparada en el inciso 1 del artículo 386 del Código Procesal Civil, denuncia casatoriamente la interpretación errónea del numeral 415 del Código Civil, aduciendo que la Sala Superior incurre en equivocación cuando sostiene que la presunción de paternidad para otorgar alimentos al hijo extramatrimonial no reconocido solo se sustenta en las relaciones sexuales habidas en la época de la concepción, alegando que la interpretación correcta es que la presunción de paternidad para otorgar alimentos al hijo extramatrimonial no reconocido puede sustentarse también en prueba genética u otra de

validez científica con igual o mayor grado de certeza. El descrito error de interpretación –agrega– ha inducido a la Sala a calificar como idénticos los dos procesos de alimentos, el fenecido y el que se halla en giro, sosteniendo que hay identidad de petitorios, de causa y de interés para obrar. En el proceso fenecido el petitorio se sustentó en las relaciones sexuales habidas entre el presunto padre y la demandante, en tanto que en el presente proceso el petitorio se sustenta en la prueba genética u otra de validez científica, que no fue afectada en el anterior proceso. Dicho planteamiento requiere de un análisis: **a)** En primer lugar, la excepción de cosa juzgada supone la existencia de un proceso que ha terminado con decisión firme, y de otro que se halla en trámite, en los que las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, los petitorios (como elemento esencial de las pretensiones procesales propuestas) y el interés para obrar son los mismos. El artículo 452 del Código Procesal Civil señala esas tres identidades. Habrá identidad jurídica de los sujetos cuando una misma persona es parte demandante y una misma persona es parte demandada en los dos procesos. Hay identidad del petitorio cuando en una primera demanda la petición concreta como elemento constitutivo de la pretensión procesal es la misma que la de la segunda demanda, esto es, que la motivación fáctica y jurídica con que se han propuesto las pretensiones procesales y su respectivo petitorio son las mismas en ambas demandas. Hay identidad de interés para obrar cuando en ambos procesos se constata la existencia de la misma necesidad ineludible del titular de la pretensión procesal de acudir al organismo jurisdiccional en busca de la tutela judicial. El artículo 453 prevé que la excepción de cosa juzgada es fundada cuando se inicia un proceso idéntico a otro que ya fue resuelto y cuenta con sentencia firme; **b)** En el caso materia de autos los sujetos procesales son los mismos, pues la parte demandante en ambos procesos es la menor Zaraí Jesabel Toledo Orozco, representada por su señora madre doña Lucrecia Orozco Zapata, y la parte demandada en ambos juicios es don Alejandro Toledo Manrique. El petitorio procesal en ambos procesos igualmente es el mismo, pues en los dos litigios doña Lucrecia Orozco Zapata reclama la fijación de una pensión de alimentos a favor de su citada menor hija y a cargo del demandado, aduciendo que ésta es el resultado de sus relaciones sexuales habidas entre ella y el emplazado durante la época de la concepción, invocando como respaldo jurídico el numeral 415 del Código Civil. El sustento fáctico en ambos procesos se ubica en las relaciones sexuales habidas entre doña Lucrecia Orozco Zapata y don Alejandro Toledo Manrique durante la época de la concepción de la mencionada menor y el sustento en ambos litigios se halla en el artículo 415 del citado cuerpo legal. La identidad en el interés para obrar en ambos procesos es el mismo, pues en ambos las circunstancias del estado de necesidad para acudir al Poder Judicial solicitando tutela jurisdiccional son las mismas; **c)** El argumento esgrimido por la parte actora en el sentido de que en el proceso fenecido el petitorio se ha sustentado en las relaciones sexuales habidas durante la época de la concepción y que en el presente proceso la petición se basa en la prueba genética u otra de validez científica de igual o mayor grado de certeza, no tiene solidez, si se tiene en cuenta que ambos petitorios (el del proceso fenecido y el del presente) se sustentan en las relaciones sexuales habidas durante la concepción y en el artículo 415 del Código Civil. Es que las relaciones sexuales como un hecho íntimo son difíciles de probar mediante pruebas directas y objetivas, debiendo acudirse para su acreditación a medios indirectos (los indicios), entre ellos la prueba genética (el ADN). Los medios probatorios no determinan el petitorio como parte sustancial de la pretensión procesal; **d)** Como conclusión, señalamos que en los dos procesos, en el fenecido y en el presente, se presentan las tres identida-

des descritas, por lo que la excepción de cosa juzgada ha sido correctamente amparada, no siendo atendibles los argumentos esgrimidos por la actora para declarar la procedencia del recurso si a ello se agrega que la impugnante en el fondo pretende discutir en casación la aplicación del artículo cuatrocientos quince del Código Civil para determinar la paternidad aparentemente negada. Es más, no hay error por los Jueces de Mérito en la interpretación de la anotada norma sustantiva, pues el error proviene de la ahora impugnante en casación. Finalmente, la afirmación de que tratándose de alimentos no hay cosa juzgada no tiene consistencia jurídica, pues la declaración judicial que obliga a una persona a prestar alimentos a favor de otra o que deniega el petitorio con dicho propósito difiere totalmente de una demanda que pretende variar, modificar o extinguir el monto de una pensión fijada como consecuencia de una declaración judicial pronunciada mediante sentencia firme. En el primer caso, si se volviera a plantear una demanda con el mismo petitorio, opera inequívocamente la cosa juzgada. **Quinto.-** La recurrente denuncia casatoriamente la inaplicación en la sentencia materia de la impugnación de los artículos 4 y 6 de la Constitución del Estado, no obstante que éstas protegen especialmente al niño y al adolescente, concretamente su derecho a los alimentos. Señala que se ha dado preeminencia al inciso 13 del numeral 139 de dicha Carta Política. En principio los contenidos de dichas normas constitucionales no son incompatibles. La seguridad jurídica derivada de la cosa juzgada es una de las garantías de la función jurisdiccional y es un elemento esencial del Estado de Derecho. La parte demandante, implícitamente, insinúa que el organismo judicial debe dejar sin efecto una resolución que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, lo que está prohibido por la propia Carta Política. Por consiguiente, si fuere menester aplicar las normas constitucionales anotadas para dirimir la controversia, ellas en modo alguno deben contrariar la cosa juzgada. Ésta como elemento que conduce a la seguridad jurídica de los derechos de la colectividad no puede ser contraria al derecho a reclamar alimentos, si éste se demanda dentro de las reglas procesales establecidas. El recurso por esta motivación igualmente no resulta atendible para declarar la procedencia del mismo. **Sexto.-** La denuncia por inaplicación de la doctrina jurisprudencial debe correr igual suerte, pues como lo tiene sentado esta Sala Suprema, no se ha producido todavía la doctrina jurisprudencial a que se refiere el numeral 400 del Código Procesal Civil y por consiguiente no es procedente el recurso basado en dicha alegación. La causal por infracción de la doctrina jurisprudencial no se refiere a ejecutorias que se puedan producir en los tribunales casatorios. **Sétimo.-** La causal de contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso, que ha sido invocada en el recurso, igualmente no resulta atendible para los fines de declarar procedente el medio impugnatorio. En efecto se sostiene como sustento de causal que en las dos instancias de mérito se han infringido los artículos 448 y 449 del Código Procesal Civil al haberse admitido fuera de la oportunidad que señala el referido Código Procesal medios probatorios constituidos por copias de sentencias del proceso de alimentos seguido precisamente entre las mismas partes sin haber sido ofrecidas ni admitidas, y que no obstante haberse prescindido tener a la vista el expediente mismo, se ha omitido incluso declarar infundada en tales circunstancias la excepción deducida y saneado el proceso. El juzgador, en modo alguno podía prescindir de las aludidas copias precisamente para resolver la excepción de cosa juzgada, si se tienen en consideración los fundamentos expuestos al proponer el medio de defensa. Es más, la Sala Suprema, dada la naturaleza del medio de defensa amparado por las instancias de mérito, ha ordenado tener a la vista el indicado proceso, lo que convalida cualquier error procesal. Por las razones anotadas y no

ajustándose el recurso propuesto a los requisitos de fundamentación que prevé el artículo 388 del Código Procesal Civil declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por doña Lucrecia Orozco Zapata; en los seguidos con don Alejandro Toledo Manrique, sobre alimentos; **CONDENARON** a la recurrente al pago de una multa de tres Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. SILVA V.; TÁVARA C.; CARRIÓN L.; TORRES C.; CARRILLO H.

PRUEBA DE ADN: EXAMEN DE SANGRE Y FALTA DE GARANTÍA DEL LABORATORIO

El peritaje de los grupos sanguíneos no es un examen determinante, como sí lo sería el examen de ácido desoxirribonucleico –ADN– para declarar la filiación extramatrimonial. El cuestionamiento del demandado para no someterse a la prueba del ADN por no ofrecerle garantías el laboratorio, es un argumento deleznable pues la extracción de muestras, el envío al exterior y posterior recepción están sometidos a normas de seguridad e inviolabilidad que garantizan el resultado de dicho peritaje.

EXP. N° 542-97

SALA N° 6

Lima, veintidós de mayo de mil novecientos noventa y siete

VISTOS; interviniendo como Vocal Ponente la doctora Alvarez Olazábal, por sus fundamentos; oídos los informes orales y **CONSIDERANDO:** además: **Primero.-** Que han sido elevados en forma conjunta con la de Vista, cuatro apelaciones concedidas sin efecto suspensivo y con carácter de diferidas, a resoluciones dictadas en la Audiencia de pruebas sobre preguntas formuladas a los testigos y a las partes, y tomando en consideración que las mismas sirvieron para un mejor esclarecimiento de los hechos tal como se extrae de las actas de fojas doscientos veintidós vuelta y doscientos veintitrés, en cuanto al interrogatorio del testigo Orlando Caballero Gonzales, de fojas doscientos veintitrés vuelta y doscientos veinticuatro en cuanto a la declaración de la demandada, y de fojas trescientos sesentitrés respecto a la declaración del testigo Jorge Rodríguez León, cabe confirmar dichas resoluciones, así como la de fojas doscientos veinticinco vuelta, sobre la oposición formulada al interrogatorio de la testigo Amanda Alvarado de Pardo, por no guardar relación directa con los hechos materia de litis; **Segundo.-** Que en cuanto a los puntos controvertidos, por encontrarse directamente relacionado el de exclusión de nombre con el de declaración judicial de paternidad, se analizan las pruebas en forma conjunta y razonada tal como establece el artículo 187° del Código Procesal Civil, apareciendo del análisis de lo actuado que el demandado ha incurrido en una serie de contradicciones, pues en principio detalló que él y la demandada fueron enamorados desde marzo de mil novecientos noventa y uno hasta enero de mil novecientos noventa y dos y que dejó de verla después de esa fecha, sin embargo resulta evidente a tenor de los documentos de fojas cincuenta a cincuentitrés que las partes continuaron la emisión de su programa radial hasta mayo de mil novecientos noventa y dos, e incluso él mismo ha detallado dos oportunidades en que fue a buscar a la demandada, en el mes de febrero del mismo año; **Tercero.-** Que el accionante negó también haber sostenido relaciones íntimas con la demandada, pese a lo cual él mismo, luego de verificarse la exhibición de las fichas de registro del hostel cercano a su domicilio en el que aparece registrado tal como manifestó la segunda, dijo primero que los documentos habían sido fraguados, para luego aceptar que efectivamente había asistido pero con una tercera persona; **Cuarto.-** Que igualmente ha negado haberse presentado con la demandada a consultas médicas con motivo del embarazo de la segunda, sin embargo las declaraciones uniformes y coherentes de los testigos que como personal médico y administrativo

laboran en los consultorios en los que recibió atención la demandada, corroboran lo manifestado por aquella en el sentido que él la acompañó para la realización de dichos exámenes; **Quinto.-** Que para dilucidar con certeza esta controversia, se ordenó la realización de dos peritajes en la persona de las partes así como del menor cuya declaración de paternidad se solicita, uno el de grupos sanguíneos y otro el del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), habiéndose declarado improcedente la oposición del accionante al segundo tal como se tiene a fojas cuatrocientos noventa y seis, pese a lo cual no se presentó a su realización aduciendo que no le ofrecía garantía alguna el laboratorio señalado por la demandada, argumento deleznable si se tiene en cuenta que tanto la extracción de muestras, el envío al exterior y posterior recepción de análisis, están sometidos a normas de seguridad e inviolabilidad que garantizan precisamente el resultado de este peritaje no sólo en casos de naturaleza civil como el presente, sino también en los de índole penal, permitiendo determinar con certeza la veracidad o no de los cargos investigados, hecho que no es ajeno a las partes por ser ambos de profesión abogados; **Sexto.-** Que la restante prueba actuada refrenda los fundamentos de la apelada, manteniéndose el cuestionamiento al peritaje de los grupos sanguíneos como se señala en el octavo considerando tanto por la forma de su realización en fechas diferentes para las partes y no la ordenada por el Juzgado, sin pormenorizar las conclusiones, más aún si los propios peritos coinciden en detallar que éste no es un examen determinante tal como lo sería el examen del Ácido Desoxirribonucleico; fundamentos por los que: **CONFIRMARON:** las resoluciones dictadas en la audiencia de pruebas, obrantes a fojas doscientos veintitrés, doscientos veinticuatro, trescientos sesentitrés vuelta y doscientos veinticinco vuelta, su fecha diecisiete de junio y dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro respectivamente, en cuanto al interrogatorio formulado a los testigos y a las partes; asimismo **CONFIRMARON:** la sentencia apelada, obrante de fojas quinientos treinta y siete a quinientos cuarenta y dos, su fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y seis, en cuanto declara infundada la demanda de fojas doce a diecisiete, interpuesta por don Sergio Iván Noguera Ramos, y asimismo **FUNDADA** la reconvencción planteada por doña Beatriz Emperatriz Patiño López declarándose en consecuencia al menor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, como hijo del demandante; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

PRUEBA DE ADN: FALTA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA DESESTIMACIÓN DE LA TACHA DE LA PRUEBA

Aunque el juzgador ha omitido pronunciarse sobre la apelación a la desestimación de la tachada formulada contra la institución que iba a practicar una prueba de ADN, ello no afecta el debido proceso en tanto se aplica el principio de subsanación contemplado en el Código Procesal Civil.

CAS. N° 770-98

DICTAMEN N° 094-99

Señor Presidente:

Luis Alfonso Cánepa Castro interpone recurso de casación contra la resolución de vista, la que confirmando la sentencia de primera instancia declara fundada la demanda interpuesta en su contra por Roxana Weldoly Eme Villanueva, sobre Alimentos, invocando el inciso 3 del Artículo 386° del Código Procesal Civil.

Por resolución de fecha 29 de abril de 1998, la Sala declaró procedente el recurso de casación toda vez que según señala el recurrente la resolución de vista ha omitido pronunciarse respecto a la apelación que interpuso contra la resolución de fecha 21 de febrero de 1997, que declaró no ha lugar la tachada formulada contra Bio Links, la que le fue concedida sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida.

Atendiendo, a que la Sala Superior al emitir la de vista ha omitido pronunciarse con respecto a la apelación interpuesta por el recurrente contra la resolución de fecha 21 de febrero de 1997, la que le fue concedida sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida por resolución de fecha 19 de marzo de 1997, por lo que siendo esto así este Ministerio Público es de opinión que se declare **FUNDADO** el recurso de Casación.

(...)

Lima, veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de Casación interpuesto por Luis Alfonso Cánepa Castro, contra la Resolución de vista, que confirmando la sentencia apelada, declara fundada en parte la demanda y ordena que el demandado Luis Alfonso Cánepa Castro cumpla con acudir con una pensión de seiscientos nuevos soles mensuales por concepto de alimentos a favor de la demandante, por dos meses antes del parto y dos meses posteriores a éste, esto es por haberse presentado la demanda cuando la demandante ya tenía seis meses gestando.

(...)

CONSIDERANDO:

(...)

Segundo.- Que, en la Audiencia el Juzgado, a pedido del Ministerio Público, autorizó la denominada prueba de ADN encargándola a la institución privada Bio Links.

Tercero.- Que, en dicho procesal el demandado presente no impugnó tal decisión judicial; sin embargo diecisiete días después formuló tacha contra aquella institución, articulación que fue desestimada por el Juzgado mediante resolución que fue objeto de apelación, concedida sin efecto suspensivo y con calidad de diferida.

Cuarto.- Que, por lo dicho se advierte que el demandado no adecua su conducta procesal a los fines del proceso desde que pese a que estuvo presente en la audiencia dejó consentido e inamovible el mandato que ordenó la aludida prueba, promoviendo luego una incidencia definitivamente extemporánea.

Quinto.- Que, en consideración a lo expuesto no puede el demandado sostener infracción al debido proceso y porque es además de aplicación al caso el principio de subsanación procesal previsto en el Artículo ciento setentidós del Código Procesal Civil en virtud del cual no hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal.

(...)

... declararon **INFUNDADO** el recurso de Casación interpuesto (...).

PRUEBA DEL ADN: DESESTIMACIÓN DE DELITO DE ALTERACIÓN DE FILIACIÓN DE MENOR

De lo actuado, en especial con la prueba de ADN donde se señala que el acusado es el padre del menor, ha quedado descartado que los acusados hayan cometido los delitos que se les imputan, aun cuando resulte irregular lo referido al lugar de la inscripción del mencionado menor, lo que en todo caso no altera la paternidad que ambos alegan y no causa perjuicio alguno.

R.N. N° 049-98 EXP. N° 164-95

SALA PENAL

HUÁNUCO

Lima, veintisiete de agosto de mil novecientos noventaiocho

VISTOS; de conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal; por sus fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas setecientos veinte, su fecha dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y siete, que absuelve a Jonás Palacios Chávez y Rayda Estrella Rajo, de la acusación fiscal por los delitos contra la Fe Pública falsedad genérica en agravio del Estado y contra el Estado Civil alteración de filiación de menor en agravio de Arthur David Salinas Estrella y Josué Salinas Estrada; con lo demás que contiene y los devolvieron.

S.S. ROMÁN SANTISTEBAN; FERNÁNDEZ URDAY; PAREDES LOZANO; ROJAS TAZZA; PALACIOS VILLAR

CONSULTA N° 049-98

MINISTERIO PÚBLICO

CORTE SUPERIOR DE HUÁNUCO

DICTAMEN 756-98-MP-FN-2da.FSP

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Viene este proceso en mérito al recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de fs. 720-726, su fecha 18 de diciembre de 1997, que absuelve a JONÁS PALACIOS CHÁVEZ Y RAYDA ESTRELLA RAJO de la acusación fiscal por delito contra la fe pública (falsedad ideológica) en agravio del Estado, y delito contra el estado civil (alteración de filiación de menor) en agravio de Arthur David Salinas Estrella y Josué Salinas Estrada.

A los encausados Jonás Palacios Chávez y Rayda Estrella Rajo, se les imputó haber faltado a la verdad al inscribir la Partida de nacimiento N° 177 de fs. 12, donde ambos figuran como padres del menor Romel Arthur Palacios Estrella, no obstante que esta última se encontraba casada con Josué Salinas Estrada, el mismo que aseguró ser el verdadero padre y quien también inscribió como tal la partida de fs. 14 donde figura como padre y se tiene por Arthur David Salinas Estrella el nombre del referido menor.

De lo actuado, en especial con la prueba de ADN corriente a fs. 692-697, donde se señala que Jonás Palacios Chávez es el padre biológico del niño Arthur David Salinas Estrella con un grado certeza de 99.51% (fs.694) y que no lo es Josué Salinas Estrada (fs. 697), lo cual corrobora la versión uniforme dada por los procesados Jonás Palacios Chávez y Rayda Estrella Rajo tanto en sus manifestaciones policiales de fs. 10-11, 8-9; instructivas de fs. 36-39, 31-34, ampliadas a fs. 52-57 y 41-47, en el acto del juicio oral a fs. 70, 707 y 702-704 respectivamente, ha quedado descartado que éstos últimos hayan cometido los delitos que se les imputan, aun cuando resulte irregular lo referido al lugar de la inscripción del mencionado menor (Huariaca y no Dos de Mayo), lo que en todo caso no altera la paternidad que ambos alegan y no causa perjuicio alguno; por lo que la absolución de los mismos se encuentra con arreglo a Ley.

En consecuencia, esta Fiscalía Suprema en lo Penal propone que se declare **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida.

Lima, 1 de julio de 1998

ÁNGEL FERNÁNDEZ HERNANI
Fiscal Supremo(P) en lo Penal

PRUEBA DE ADN: REALIZACIÓN DE OFICIO

La prueba del ADN, permitida por el artículo cuatrocientos trece del Código Civil elimina cualquier duda sobre la paternidad; que habiendo aceptado el demandado la realización de esta prueba científica, debió ordenarse de oficio a cuenta y costo de dicho demandado; que por economía procesal la Corte Superior puede ordenar la realización de dicho medio probatorio.

EXP. N° 34-96-LIMA

DICTAMEN FISCAL

De conformidad con el Artículo 337° del Código de Procedimientos Civiles, las partes deben acreditar los hechos que aleguen como fundamento de sus pretensiones. En el caso de Autos, la actora Gladys Lastenia Vera Piedra ha probado suficientemente su pretensión de que la menor Laly Dayana Valdivieso Vera, nacida el 02 de agosto de 1988, es producto de sus relaciones extramatrimoniales con don José Luis Valdivieso Ruiz, con la Relación de Alojados de fs. 14, Carta y Sobre de fs. 15 y 16 respectivamente, Receta de fs. 17, y con los Documentos de fs. 25 a 27 del Expediente Principal. Asimismo, con la Audiencia de Conciliación de fs. 32 a 34, del Expediente Acompañado sobre Alimentos, en donde el demandado Valdivieso Ruiz admitió que frecuentaba y que se alojó con la demandante en la Habitación N° 403 del Hotel “Astur”, del Cercado de Lima. Debe tenerse en cuenta la Carta Notarial de fs. 21 del referido Expediente Acompañado.

Es necesario resaltar las contradicciones en que ha incurrido el emplazado en la Diligencia de Confesión de fs. 43 de estos autos, en la que negó haber sostenido relaciones con la actora. Sin embargo, en la Audiencia de Conciliación de fs. 32 a 34 del Expediente Acompañado sostuvo inicialmente que conoció a la demandante, en 1976, presentada por un amigo mutuo y que la volvió a ver en dos o tres oportunidades como máximo, para más adelante admitir que la llegó a frecuentar más y que, inclusive, la visitó varias veces en su domicilio.

Por lo expuesto, la Fiscalía Suprema en lo Civil, es de Opinión que se declare **NO HABER NULIDAD** en la recurrida.

Lima, 03 de setiembre de 1996

DR. MIGUEL ALJOVÍN SWAYNE

Fiscal Supremo en lo Civil

RESOLUCIÓN JUDICIAL

Lima, once de octubre de mil novecientos noventa y seis

VISTOS; con los acompañados; con lo expuesto por el Señor Fiscal Supremo; y **CONSIDERANDO**: que el juzgador está facultado de acuerdo con el artículo trescientos cuarenta del Código Procesal Civil, aplicable al caso de autos, para adoptar las medidas que estime convenientes para obtener el total esclarecimiento de la verdad de los

hechos y emitir un adecuado pronunciamiento a las exigencias de la ley; que la prueba del ADN, permitida por el artículo cuatrocientos trece del Código Civil elimina cualquier duda sobre la paternidad; que habiendo aceptado el demandado la realización de esta prueba científica, debió ordenarse de oficio a cuenta y costo de dicho demandado; que por economía procesal la Corte Superior puede ordenar la realización de dicho medio probatorio; declararon **NULA** la sentencia de vista de fojas ciento cuarentitres, su fecha seis de junio de mil novecientos noventicinco; **DISPUSIERON**; que la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima, expida nuevo fallo, debiendo previamente ordenarse la realización de la prueba de ADN a don José Luis Valdivieso Ruiz y la menor Laly Dayana Valdivieso Vera, por cuenta y costo del demandado y debiendo designarse los peritos médicos para el efecto; en los seguidos por doña Gladys Lastenia Vera Piedra con don José Valdivieso Ruiz, sobre filiación; y los devolvieron.

SS. RONCALLA; ROMÁN; VÁSQUEZ; ECHEVARRÍA; FERNÁNDEZ.

PRUEBA DE ADN: FACULTAD DEL JUEZ; NO OBLIGACIÓN

Si bien, el juez ordenó la actuación de la prueba genética del ADN hasta en dos oportunidades, el recurrente no cumplió con asistir a la realización de dicha prueba, por lo que las instancias inferiores de acuerdo al artículo 197 del Código Procesal Civil, han valorado todos los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada más aún si se tiene en cuenta que lo dispuesto en el artículo 194 del acotado Código, establece una función discrecional del Juez y no una obligación, por tanto, la denuncia de privación de la prueba de ADN debe ser desestimada.

CAS. N° 2235-2004-EL SANTA

Lima, seis de mayo de dos mil cinco

VISTOS: verificado el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación interpuesto por don Sadi Wilson Del Castillo Cañari; y **ATENDIENDO: Primero.-** El recurrente no ha consentido la sentencia de primera instancia que le ha sido desfavorable, por lo que satisface el requisito de procedencia del recurso previsto por el inciso 1° del artículo 388 del Código Procesal Civil. **Segundo.-** El impugnante denuncia casatoriamente la causal prevista en el inciso 3° del artículo 386 del citado Código Procesal, relativa a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso y la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. **Tercero.-** Respecto a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, aduce que el Colegiado Superior no ha tenido en cuenta que conforme lo determina el artículo 188 del Código Procesal Civil, la finalidad de los medios probatorios es acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos, lo que significa que la prueba en sentido estricto son las razones extraídas de los medios ofrecidos que en su conjunto dan a conocer los hechos o la realidad, a efecto de resolver la cuestión controvertida, lo que en el presente caso se ha obviado al privársele al recurrente de la prueba del ADN, cuando lo justo hubiera sido contar con dicho medio probatorio; en tal sentido, tampoco se ha tenido en cuenta lo dispuesto en el artículo 194 del acotado Código Procesal, ya que el a quo tenía la obligación de disponer la actuación de los medios probatorios adicionales que considere conveniente. Empero, se advierte que esta denuncia carece de base real pues el a quo ordenó la actuación de la prueba genética del ADN hasta en dos oportunidades, y el recurrente no cumplió con asistir a la realización de dicha prueba, por lo que las instancias inferiores de acuerdo al artículo 197 del Código Procesal Civil, han valorado todos los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada más aún si se tiene en cuenta que lo dispuesto en el artículo 194 del acotado Código, establece una función discrecional del Juez y no una obligación, por tanto, esta denuncia debe ser desestimada. **Cuarto.-** En cuanto a la Infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, sostiene que existe infracción no solo al haberse amparado la pretensión de la actora con requisitos insuficientes basados en hechos subjetivos, sino también por no compartir el mismo criterio del representante del Ministerio Público quien ha sido preciso al

concluir que por falta de medios probatorios idóneos se debe declarar nula la sentencia apelada; además, se debe tener en cuenta que el recurrente sólo fue notificado en su domicilio procesal para la realización de la prueba del ADN motivo por el cual no pudo concurrir a dicha prueba, por lo que corregido dicho error por esta Corte Suprema, el impugnante está llano a someterse a la prueba genética. Cabe anotar que de acuerdo al artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Magistrados gozan de independencia jurisdiccional lo que se traduce en la facultad de valorar los medios probatorios en forma conjunta y utilizando su apreciación razonada, expresando las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión conforme dispone el artículo 197 del Código Procesal Civil. Respecto a su argumento de falta de notificación para la realización de la prueba del ADN, ésta es extemporánea ya que si realmente existe un vicio de tal naturaleza debió hacerlo valer en la primera oportunidad que tenía y no recién en esta sede; por tal motivo, esta denuncia también debe ser rechazada. Por las razones anotadas y en aplicación del artículo 392 del Código Procesal Civil: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación de fojas doscientos dieciséis, interpuesto por don Sadi Wilson Del Castillo Cañari, en los seguidos por doña Rosalbina Lidia Rodríguez Luna; sobre filiación extramatrimonial; **CONDENARON** al recurrente a la multa de tres Unidades de Referencia Procesal; así como al pago de costas y costos del recurso; **DISPUSIERON** la publicación de esta resolución en el diario oficial El Peruano; bajo responsabilidad, y los devolvieron.-

SS. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA; PACHAS ÁVALOS; EGÚSQUIZA ROCA; ESCARZA ESCARZA; MANSILLA NOVELLA.

FILIACIÓN



El reconocimiento de un hijo extramatrimonial tiene carácter irrevocable. Está prohibida toda mención sobre la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles.

EXP. 98-886

SALA DE FAMILIA

Lima, trece de octubre de mil novecientos noventinueve

VISTOS: interviniendo como Vocal ponente el señor Carrión Lugo; y con la intervención de los Vocales señores Ferreyros Paredes y Cabello Matamala; en la causa seguida por doña Gertrudez Magdalena de la Cruz Calixtro con don José Toribio Inca, sobre filiación. **MATERIA DE LA APELACIÓN:** La sentencia de fojas treinticinco y treintiséis, su fecha treintiuno de mayo último, que declara improcedente la demanda. **FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:** El apelante manifiesta, que su patrocinada solicitó la declaración judicial de filiación extramatrimonial, y además, incide en que el demandado se allanó a la pretensión demandada, lo que no fue valorado en la sentencia; arguyendo asimismo, que su hijo tiene derecho a llevar los apellidos de su padre biológico. Por sus fundamentos pertinentes; y **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, de la partida de nacimiento de fojas tres, correspondiente a Carlos Jesús Callán de la Cruz; se advierte que fue reconocido como hijo, por don Raúl Callán; y, aunque, en dicha partida se consigna además, que se le reconoce como tal, pero en condición de “ilegítimo”, este extremo de dicha declaración no es válido; toda vez que, cuando se emitió la aludida declaración, se encontraba en vigencia la Constitución Política del Estado de 1979, que disponía en su artículo 6, “que estaba prohibida toda mención sobre la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles”. **Segundo.-** Que, incidiendo en lo expresado, debe tenerse en cuenta que la investigación judicial de la paternidad sólo se admite cuando se dan alguno de los casos establecidos en el artículo 402 del Código Civil; de modo que, dichos hechos deban ser materia de probanza en la etapa procesal correspondiente. **Tercero.-** Que, en el caso de autos, la comprobación judicial solicitada, resulta impertinente; pues, de la partida de nacimiento recaudada en autos, aparece que su titular ha sido reconocido por su padre; y en ese sentido, debe tenerse presente que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial tiene carácter irrevocable. **Cuarto.-** Que, por consiguiente, el petitorio demandado deviene en un imposible jurídico, y el allanamiento del demandado a la pretensión incoada, no lo convalida en modo alguno; por lo que, resulta de aplicación al caso *sub-exámine* lo previsto en el inciso 6 del artículo 427 del Código Procesal Civil. **Quinto.-** Con lo expuesto por la

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

Fiscalía Superior en dictamen de fojas cincuentiséis. Por tales fundamentos: **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas treinticinco y treintiséis, su fecha treintinueve de mayo último, que declara **IMPROCEDENTE** la demanda. **ORDENARON** la devolución de los autos al Juzgado de origen.

SS. FERREYROS PAREDES; CARRIÓN LUGO; CABELLO MATAMALA.

Si de la revisión de la partida de nacimiento de la menor se advierte que se trata de una hija extramatrimonial sólo reconocida por la madre, carece de legitimidad para obrar el actor, pues, no existe reconocimiento del vínculo paterno-filial. Por tanto, la pretensión del actor dirigida a negar ser el padre de la hija de la demandada es improcedente.

EXP. N° 1765-98

SALA DE FAMILIA

Lima, siete de octubre de mil novecientos noventaiocho

VISTOS, interviniendo como Vocal Ponente la Señora Tello Gilardi; y, **CONSIDERANDO**, además:

Primero.- Que, viene en apelación la sentencia que declara infundada la demanda de impugnación de paternidad interpuesta por Juan Guillermo Brito Añorga contra Lourdes Consuelo Villegas Rodríguez y otro; y, fundada la reconvencción interpuesta por esta última contra el actor sobre declaración judicial de paternidad respecto a la menor xxxx;

Segundo.- Que, en primer lugar, la acción de impugnación de paternidad que debe ser correctamente denominada acción contestatoria de paternidad, se intenta para negar la filiación de un hijo dentro de la vigencia del matrimonio, como lo establecen los artículos 363°, 364° y 367° del Código Civil;

Tercero.- Que, de la revisión de la partida de nacimiento de la menor antes nombrada, obrante a fojas setentisiete, se advierte que se trata de una hija extramatrimonial sólo reconocida por la madre;

Cuarto.- Que, si bien es cierto, los Juzgadores deben aplicar el derecho que corresponda al proceso, también lo es que no pueden sustituir a las partes, siendo evidente que en el caso de autos, la pretensión del actor se dirige a negar ser el padre de la hija de la demandada, y no a la exclusión de su nombre en la partida respectiva, como opina la Señora Fiscal Superior;

Quinto.- Que, en atención a los considerandos precedentes, y a que no existe reconocimiento del vínculo paterno-filial, el actor carece de legitimidad para obrar, por lo que la demanda deviene improcedente;

Sexto.- Que, de otro lado quien afirma un hecho debe probarlo, caso contrario la demanda deviene infundada según lo establecen los artículos 196° y 200° del Código Procesal Civil;

Séptimo.- Que, la reconviniente no ha aportado prueba alguna en autos que acredite la relación de filiación que invoca entre el reconvenido y su menor hija;

Octavo.- Que, sin embargo lo anterior, la a quo declara fundada la reconvencción; por cuanto hace efectivo el apercibimiento decretado mediante resolución de fecha dieciocho de marzo de mil novecientos noventaiocho que corre a fojas ciento sesentitrés, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 282° del Código Procesal Civil;

Noveno.- Que, al respecto se advierte del acta de fojas ciento treinticuatro que la diligencia judicial de toma de muestras para la prueba del A.D.N., programada para el día veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete, no se pudo llevar a cabo por la incomparecencia de la parte demandada y reconviniendo a la vez, doña Lourdes Consuelo Villegas Rodríguez:

Décimo.- Que, no obstante haberse señalado nueva fecha para la realización de la diligencia el día veinte de octubre siguiente, ésta fue suspendida por la a quo en razón a tener fijada otra audiencia en el local del Juzgado conforme se observa del acta obrante a fojas ciento treinta y ocho;

Undécimo.- Que, en ambas oportunidades estuvo presente el actor, por lo que no es posible atribuirle falta de cooperación o actitud de obstrucción en su conducta procesal para la aplicación del dispositivo señalado; fundamentos por los que: **REVOCARON**, la sentencia apelada obrante de fojas ciento setenta y siete a ciento ochenta y cuatro, su fecha cuatro de junio de mil novecientos noventa y ocho, en la parte que declara **INFUNDADA** la demanda de impugnación de paternidad corriente de fojas ochenta y ocho a ochenta y nueve, interpuesta por don Juan Guillermo Brito Añorga, **REFORMÁNDOLA**, la declararon **IMPROCEDENTE**; **REVOCARON** en cuanto declara fundada la reconvencción planteada en el escrito de contestación de la demanda por doña Lourdes Consuelo Villegas Rodríguez; **REFORMÁNDOLA**: la declararon infundada y, los devolvieron.

SS. CORDOVA RIVERA; TELLO GILARDI; CABELLO MATAMALA.

FILIACIÓN

Si el demandado ha demostrado falta de cooperación para la realización de la prueba científica del ADN, el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen dentro del proceso.

Debe valorarse además la fecha de la concepción y nacimiento del menor, pues, el alumbramiento de éste se ha producido al término del plazo estimado.

EXP. N° 2170-98

SALA DE FAMILIA

Lima, nueve de diciembre de mil novecientos noventaiocho

VISTOS: interviniendo como Vocal Ponente el Señor Sáez Palomino; de conformidad con lo opinado por la Señora Fiscal Superior; por sus fundamentos; y, **CONSIDERANDO**, además: **Primero.-** Que, es elevada en apelación la sentencia que declara fundada la demanda interpuesta por doña Isabel Noemí Hernández Rivera contra don Mario Hugo Fernández Salazar sobre filiación; **Segundo.-** Que, de los autos se advierte que en la primera audiencia de conciliación cuya acta obra a fojas setentiuño, la a quo mediante resolución de fecha veintiuno de mayo del año próximo pasado, (contenida en el acta), no permitió la participación del apoderado, por considerar que al tratarse de un proceso de filiación, las preguntas debían ser absueltas sólo por el demandado, también es cierto que habiendo sido éste, debidamente notificado para la continuación de la audiencia a llevarse a cabo el treinta de junio del mismo año, mediante su escrito de fojas ochentitrés, (el mismo día de la audiencia), hace saber al Juzgado de la existencia de un impedimento para concurrir a la misma, acreditándolo con certificados médicos y, solicita se sirva señalar nueva fecha y hora; en consecuencia, habiéndose presentado a la diligencia, nada impedía que el accionado concurreniera a las audiencias posteriores, donde se fijaron los puntos controvertidos, y se admitieron las pruebas ofrecidas por ambas partes; **Tercero.-** Que, mediante recurso de fojas ciento dieciséis, su fecha dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y siete, el apoderado del demandado se desiste de la representación conferida por éste, para evitar nulidades y futuras amonestaciones, legalizando para el efecto su firma a fojas ciento diecinueve, y mediante resolución de fojas ciento veinte, su fecha veinte de noviembre de mil novecientos noventa y siete, se le tiene por desistido; **Cuarto.-** Que, la resolución de vista emitida por esta Sala de Familia con fecha siete de enero de mil novecientos noventaiocho revocó la decisión de la a quo, referenciado en el segundo considerando, comunicándose al Juzgado de dicha decisión mediante oficio del veintiuno de enero del presente año, adjuntando copia de la resolución, los mismos que fueron agregados a los autos mediante resolución del veintisiete del mismo mes y año, en los términos que en ella se señala; sin que el emplazado formulase recurso impugnatorio, ni dedujese nulidad alguna de la misma, no obstante estar debidamente notificado como consta a fojas ciento treintitrés vuelta de estos actuados; por lo que dicho acto procesal quedó consentido, convalidándose así los actos posteriores a la audiencia de conciliación primigenia; **Quinto.-** Que, es necesario resaltar la conducta procesal del demandado, quien

ha demostrado una falta de cooperación total para la realización de la prueba científica del Ácido Desoxirribonucleico (A.D.N.), observándose su incomparecencia a las citaciones efectuadas por el Juzgado para la toma de las muestras respectivas; **Sexto.**- Que, debe tenerse presente lo dispuesto por el inciso primero del artículo 2º de la Constitución, que establece que toda persona tiene derecho a su identidad; así como lo dispuesto por el artículo 19º del Código Civil que preceptúa que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, lo que incluye los apellidos, por lo que en tal entendido, no cabe que una de las partes evada la actuación de medios probatorios que precisamente van a incidir en el pleno esclarecimiento de los hechos sub iúdice; **Séptimo.**- Que, siendo esto así, resulta de aplicación lo preceptuado en el artículo 282º del Código Procesal Civil, el que establece que el Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen dentro del proceso; **Octavo.**- Que, asimismo, en referencia a la fecha de la concepción y nacimiento del menor xxx cuestionadas y señaladas en el escrito de apelación del accionado, debe indicarse que la actora en su demanda manifiesta haber sido forzada a mantener relaciones sexuales con el demandado en dos oportunidades en el mes de febrero y en las primeras semanas de marzo de mil novecientos noventauno, y siendo esto así, y habiendo nacido el menor mencionado, el diez de diciembre de dicho año, el alumbramiento de éste se habría producido al término del plazo estimado: por lo que **CONFIRMARON** la sentencia apelada obrante de fojas ciento cincuentiocho a ciento sesenticinco, su fecha treinta de junio de mil novecientos noventauno que declara fundada la demanda interpuesta por doña Isabel Noemí Hernández Rivera contra don Mario Hugo Fernández Salazar sobre filiación extramatrimonial; en consecuencia el niño xxx, es hijo de Mario Hugo Fernández Salazar; con lo demás que contiene y, los devolvieron.

 **FILIACIÓN:
ABUELOS**

No obstante que el hijo de los abuelos demandados, en vida, se hizo responsable del producto de la gestación de la actora, y los demandados han prohijado al menor durante cinco años, dando el trato de nieto en su hogar, tal aceptación permite amparar la pretensión de filiación.

EXP. N° 451-98

SALA N° 6

Lima, doce de mayo de mil novecientos noventaiocho

VISTOS; interviniendo como Vocal Ponente la doctora Álvarez Olazábal; por sus fundamentos; y, **CONSIDERANDO,** además **Primero.-** Que el demandado don Pedro Berrocal Ortega, no ha manifestado durante el desarrollo del presente proceso que la codemandada, su esposa doña Fortunata Ramírez Gonzáles, se encontrara fuera del país tal como manifiesta su hijo don David Berrocal Ramírez, en un escrito presentado ante este Colegiado, siendo el caso que habiéndose cumplido con las notificaciones a esta última, en el modo y forma establecidos por ley, ha sido declarada en rebeldía; **Segundo.-** Que la accionante ha acreditado los hechos en los que basa su pretensión, pues de las copias certificadas obrantes de fojas cuatro a dieciséis, se demuestra que el hijo de los emplazados, don Leonardo Berrocal Ramírez en vida, se hizo responsable del producto de la gestación de la actora, el niño XXX, en febrero de mil novecientos ochentiséis, ante el Juzgado de Paz de Mazamari, tal como se observa del acta de fojas seis, firmado ante dicha autoridad local, pues él prestaba servicios como miembro policial en esa zona del Oriente, luego de la demanda que contra él formulara el padre de la ahora actora, en ese entonces de diecisiete años de edad; habiéndose establecido además una pensión de alimentos en su favor tal como es de verse de fojas diecinueve y veinte; **Tercero.-** Que además el demandado Pedro Berrocal Ortega ha reconocido en la Audiencia de actuación de pruebas a fojas ciento siete al prestar su declaración de parte, que él y su señora esposa durante cinco años han prohijado al menor materia de autos, hecho que ocurrió a partir de los años mil novecientos noventa o mil novecientos noventiuno en adelante, habiéndole dado ellos el trato de nieto en su hogar; **Cuarto.-** Que tal aceptación constituye una fehaciente demostración de que además de tener conocimiento de la existencia de la criatura, ellos la acogieron y ayudaron voluntariamente durante cinco años, responsabilidad que no puede ser explicada sino por el hecho de ser ellos conscientes de su obligación como abuelos paternos al haber fallecido el padre por lo que resultan de estricta aplicación los incisos 1° y 2° del artículo 402° del Código Civil; fundamentos por los que: **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas ciento diecisiete a ciento veintiuno, su fecha veintiséis de enero de mil novecientos noventaiocho, que declara que don Leonardo Berrocal Ramírez es padre del menor XXX; con lo demás que contiene; y, los devolvieron.

SS. SAEZ PALOMINO; TELLO GILARDI; ÁLVAREZ OLAZABAL



FILIACIÓN: ACCIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL (A)

La acción de paternidad extramatrimonial se interpone contra el padre y en el supuesto de que hubiese fallecido contra sus herederos.

Exp. N° 408-96-Junín

Lima once de febrero de mil novecientos noventa y siete

VISTOS: con lo expuesto por el Señor Fiscal; y **CONSIDERANDO:** Que de acuerdo con lo prescrito por el artículo cuatrocientos seis del Código Civil, la acción de paternidad extramatrimonial se interpone contra el padre o contra sus herederos si éste hubiera muerto, que según se aprecia del instrumento de fojas setenticuatro, repetido a fojas ciento cuarentitres y fojas ciento cuarentiocho, al fallecimiento de quien fuera Daniel Velez Ospino presunto padre de los demandantes, fue declarada como su única y universal heredera doña Emilia Ospino Alfaro Viuda de Velez; que dicha persona, madre del fallecido y de quienes aparecen contestando la demanda, vive y domicilia en la misma ciudad del emplazamiento, tal como estos últimos lo sostienen en el escrito de fojas treinta cuando, aunque fuera de manera irregular, sustentan la excepción de inoficiosidad de la demanda en ese hecho, que esto no obstante, la demanda no se ha entendido con quien, como la referida resulta en este caso, la única persona legitimada, incurriéndose así en causal insalvable de nulidad, prevista en el inciso décimo tercero del artículo mil ochenticinco del Código de Procedimientos Civiles⁽¹⁾, aplicable al caso por razón de tiempo, con la facultad conferida al Juzgador por el artículo mil ochentisiete del referido Código⁽²⁾; declararon **NULA** la sentencia de vista de fojas quinientos treintitres, de doce de junio de mil novecientos noventa y seis corregida a fojas quinientos treintinueve, su fecha veintiuno de junio del mismo año; **INSUBSISTENTE** la apelada de fojas cuatrocientos ochentinueve, su fecha treinta de enero del mismo año; y **NULO** todo lo actuado a partir de fojas diecisiete, a cuyo estado repusieron la causa para que proveyéndose nuevamente la demanda de fojas dieciséis, se cumpla con notificar a doña Emilia Ospino Alfaro Viuda de Velez; en los seguidos por Lourdes Beatriz Velez Aquino con Daniel Elías Velez Ospino sobre declaración judicial de paternidad extramatrimonial; y los devolvieron.

SS. IBERICO; RONCALLA; SEMINARIO; TINEO; ALMEYDA.

(1) Código de Procedimientos Civiles:

Artículo 1085.-Son resoluciones nulas:

13. La sentencia o auto que se pronuncia con omisión de los trámites establecidos en la ley bajo pena de nulidad.

(2) Código de Procedimientos Civiles:

Artículo 1087.-Las Cortes y Juzgados repondrán la causa al estado en que se cometió alguno de los vicios que anulan el proceso, observándose lo dispuesto en la última parte del artículo 208.

En ningún caso se declarará la nulidad, ni de oficio ni a petición de parte, por causal no prevista expresamente en la Ley.

FILIACIÓN: CONTROL DIFUSO

No resulta de aplicación el plazo dispuesto por el artículo 400 del Código Civil para negar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, por cuanto, una interpretación extensiva del mismo, importaría la afectación de derechos sustanciales del menor, como es el derecho a la filiación, el nombre y la identidad, la posibilidad de pertenecer a una familia y gozar del estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponda, así como el derecho del padre y de la madre a que se le reconozca y ejerza su paternidad. Dichos derechos se encuentran contemplados en nuestra norma constitucional en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política; así como en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, tales como el Pacto Civil de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana y particularmente la Convención sobre los Derechos del Niño.

EXP. N° 860-2002

SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA DE LIMA

Lima, seis de agosto de dos mil dos

AUTOS Y VISTOS, interviniendo como Vocal ponente la señora Cabello Matamala; con lo opinado en parte por la señora fiscal superior en su dictamen de fojas sesentiocho; en la causa seguida por don Orlando Elí Camones Sánchez contra don Tito Armando La Rosa Rojas sobre impugnación de paternidad; y **ATENDIENDO: Primero.-** Que, viene en apelación el auto de fojas trece, su fecha veintiuno de enero del año en curso que declara improcedente la demanda sobre impugnación de paternidad. **Segundo.-** Que, don Orlando Elí Camones Sánchez, recurre al órgano jurisdiccional a fojas nueve y siguientes, a fin de impugnar el reconocimiento de paternidad efectuado a favor del menor Jamfranco Jesús La Rosa Pio, partida de nacimiento que se encuentra inscrita ante el Concejo Provincial de Lima Metropolitana en el libro ciento setentinueve folios sesentidós, ciento cuarenticuatro, novecientos cincuentiséis del año dos mil uno. **Tercero.-** Que, el juez de la causa mediante el auto apelado, señala que ha transcurrido en exceso el plazo que señala el artículo cuatrocientos del Código Civil para interponer la acción, tomando como fecha de inicio del mismo el nacimiento del menor ocurrido el veintinueve de julio de dos mil uno, según acta de nacimiento de fojas dos, por lo tanto no es posible admitir la pretensión a trámite. **Cuarto.-** Que, si bien el artículo cuatrocientos del Código Civil establece que el plazo para negar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial es de noventa días a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto, también lo es que alegándose la verdad biológica de la filiación en atención a los derechos fundamentales que se afectan, resulta imprescindible que ante el órgano jurisdiccional se dilucide y establezca el vínculo paterno filial. **Quinto.-** Que, la regulación del artículo 399 y 400 del Código Civil preven la negación del reconocimiento del hijo extramatrimonial por el padre o la madre no intervinientes, el propio hijo o por quienes tengan legítimo interés, como es el caso del presunto padre biológico, estableciéndose como plazo para accionar noventa días, a partir de que se tuvo conocimiento del acto, entendiéndose como tal el de reconocimiento; que

este supuesto se inserta propiamente en el sistema cerrado de filiación sustentado en presunciones del cual era originalmente parte, no habiéndose en dichos numerales contemplado la posibilidad del conocimiento de algo más certero que el propio acto jurídico de reconocimiento, cual es el conocimiento de la relación biológica de la filiación, como se alega en la presente causa. **Sexto.-** Que establecido el objeto y trascendencia de la litis, el juez tiene el deber de resolver el conflicto de intereses o eliminar su incertidumbre, haciendo efectivos derechos sustanciales, en la búsqueda de esa tan ansiada paz social conforme lo dispone el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. **Sétimo.-** Que el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Asimismo, conceptúa que 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. **Octavo.-** Que, el artículo 6 del Código del Niño y Adolescente dispone que el niño y adolescente tiene derecho a un nombre, adquirir una nacionalidad y, en la medida de la posibilidad de conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños. **Noveno.-** Que, la identidad de un niño no es solo una cuestión de filiación y de origen cultural. El niño al crecer va asimilando la identidad de la familia y cultura en que vive, por lo que la decisión en torno a la definición de su paternidad por su propio interés deben ser tomadas lo más pronto posible en su etapa de desarrollo vital, a efectos de no provocar una afectación mayor con una segunda privación de identidad, lesionando su propia biografía y singularidad. **Décimo.-** Que, las normas legales reguladoras del derecho de familia deben interpretarse y aplicarse a la luz de una perspectiva constitucional y de derechos humanos que desde esta no es comprensible dar fuerza legal a una situación controvertida que afecta los derechos de un niño, que como a todos le corresponde, ser cuidado por sus padres, no ser separado de estos contra la voluntad de aquellos. **Décimo Primero.-** Que, por tanto descritos los hechos sub materia, no resulta de aplicación el plazo dispuesto por el artículo 400 del Código Civil, por cuanto una interpretación extensiva del mismo, que incorpore este supuesto, importaría la afectación de derechos sustanciales del menor Jamfranco Jesús La Rosa Pio, como es el derecho a la filiación, el nombre y la identidad, la posibilidad de pertenecer a una familia, y gozar del estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponda así como el derecho del padre y de la madre a que se le reconozca y ejerza su paternidad. Derechos contemplados en nuestra norma constitucional en el inciso primero, artículo segundo de la Constitución Política del Perú; así como en instrumentos internacionales de Derechos Humanos tales como el Pacto Civil de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana y particularmente la Convención sobre los Derechos del Niño. **Décimo Segundo.-** Que, por tanto atendiendo a la jerarquía normativa, la Constitucional prevalece sobre cualquier otra norma de orden procesal o sustantiva, determinándose en consecuencia que se admita a calificación la demanda incoada, a efecto de que sea posible dilucidar el estado familiar del niño cuya filiación se cuestiona. **Décimo Tercero.-** Que, encontrándose en discusión la filiación biológica del niño, resulta imperiosa la necesidad de que esta se dilucide 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 existe el imperativo que en toda decisión que adopte el Estado peruano, particularmen-

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

te el órgano jurisdiccional, se debe de tomar en consideración el Interés Superior del Niño previsto en el artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y siendo además que el menor en la actualidad cuenta con apenas un año de edad, por lo que en el presente proceso deben agotarse las acciones necesarias para la obtención de los medios probatorios pertinentes en aplicación de lo dispuesto por el artículo 194 del Código Procesal Civil, debiendo disponer el juez en el estadio judicial correspondiente, se ordene se practique la prueba de ADN respecto de Orlando Elí Camones Sánchez, Mario Pio Yana, Tito Armando La Rosa Rojas y el niño Jamfranco Jesús La Rosa Pio, con todas las garantías dispuestas en el Código Procesal Civil para la actuación de la prueba pericial, cautelándose el contradictorio y su fiscalización en el proceso; fundamentos por los cuales: **DECLARARON NULO** el auto de fojas trece, su fecha veintiuno de enero del año dos mil, que declara improcedente la demanda interpuesta por Orlando Elí Camones Sánchez y **RENOVANDO** el acto procesal al estado que le corresponde **ORDENARON** que la a quo proceda a calificar nuevamente la demanda teniendo en cuenta las precedentes consideraciones y, habiéndose dejado de aplicar el artículo 400 del Código Civil, por lo argumentado en los considerandos precedentes y de conformidad a lo dispuesto por los artículos 408 inciso 3 del Código Procesal Civil concordante con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **DISPUSIERON**; se eleve los presentes autos en consulta a la Sala Social y Constitucional de la Corte Suprema.

SS. CAPUÑAY CHÁVEZ; TELLO GILARDI; CABELLO MATAMALA.

FILIACIÓN: CONTROL DIFUSO

El actor impugna el reconocimiento de la paternidad del menor que alude realizada por el demandado y peticiona que se le declare padre del citado menor; en conclusión sus pretensiones son la impugnación de la paternidad extramatrimonial y acumulativamente la declaración para sí de la filiación extramatrimonial. El actuar de la Sala de Mérito y preferir la norma constitucional a la Ley ordinaria no hace más que reconocer el principio de jerarquía normativa que nuestro ordenamiento constitucional prevé en su artículo 138, segundo párrafo, concordante con el artículo 408, inciso 3 del Código Procesal Civil, al prescribir que de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal ordinaria los jueces prefieren la primera, y para el caso concreto al estar en discusión la filiación extramatrimonial de un menor reconocido por quien se atribuye la condición de padre biológico, es necesario que tal circunstancia sea dilucidada en armonía con el interés superior del niño, recogido por el artículo noveno del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

CONSULTA 2858-2002

SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL

Lima, veintitrés de octubre de dos mil dos

VISTOS, por sus propios fundamentos; y **CONSIDERANDO** Además: **Primero.-** Que, la resolución dictada en autos por la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima ha sido elevada en consulta a esta Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en aplicación de lo dispuesto en el artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Civil concordante con el artículo catorce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **Segundo.-** Que, el proceso que motiva el presente auto consultado es la demanda interpuesta por don Orlando Elí Campos Sánchez contra don Tito Armando La Rosa Rojas, sobre impugnación de reconocimiento de paternidad, que ha sido declarada improcedente por la juez de la causa bajo el sustento de que la misma resulta extemporánea al haberse interpuesto fuera del plazo de noventa días previsto en el artículo cuatrocientos del Código Civil; **Tercero.-** Que, la Sala de Familia ha declarado la inaplicabilidad del aludido dispositivo legal señalando preferir la norma constitucional que regula los derechos del niño previstos en el artículo segundo, inciso primero, así como el de los padres a que se les reconozca y ejerzan su paternidad, y dispositivos de orden internacional que protegen y velan por el interés superior del niño; **Cuarto.-** Que, corresponde a esta Sala Constitucional pronunciarse sobre si el control difuso de la Constitución realizado por la Sala de Familia de Lima respecto a la no aplicación del artículo cuatrocientos del Código Civil al caso de autos por preferir el artículo segundo, inciso primero, de la Constitución del Estado, es acertado o no; que el artículo cuatrocientos del Código Civil precitado concuerda con el artículo trescientos noventinueve del mismo Código que señala que el reconocimiento puede ser negado, entre otros, por quienes tengan interés legítimo; **Quinto.-** Que, el actor impugna el reconocimiento de la paternidad del

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

menor que alude realizada por el demandado y peticona que se le declare padre del citado menor; en conclusión sus pretensiones son la impugnación de la paternidad extramatrimonial y acumulativamente la declaración para sí de la filiación extramatrimonial; **Sexto.-** Que, el actuar de la Sala de Mérito y preferir la norma constitucional a la Ley ordinaria no hace más que reconocer el principio de jerarquía normativa que nuestro ordenamiento constitucional prevé en su artículo ciento treintiocho, segundo párrafo, concordante con el artículo cuatrocientos ocho, inciso tercero del Código Procesal Civil al prescribir que de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal ordinaria los jueces prefieren la primera, y para el caso concreto al estar en discusión la filiación extramatrimonial de un menor reconocido por quien se atribuye la condición de padre biológico, es necesario que tal circunstancia sea dilucidada en armonía con el interés superior del niño, recogido por el artículo Noveno del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; por estos fundamentos: **APROBARON** el auto de fojas ciento once, su fecha seis de agosto del presente año, en el extremo materia de consulta, que declara inaplicable al caso de autos el artículo cuatrocientos del Código Civil, sin afectar su vigencia; **MANDARON** que esta resolución se publique en el diario oficial El Peruano; en los seguidos por don Orlando Elí Camones Sánchez contra don Tito Armando La Rosa Rojas, sobre impugnación de paternidad; y los devolvieron.

SS. VÁSQUEZ CORTEZ; ZUBIATE REINA; WALDE JÁUREGUI; EGÚSQUIZA ROCA; GONZALES MUÑOZ



FILIACIÓN: ADECUACIÓN DE LOS PROCESOS EN TRÁMITE A LA NUEVA LEY N° 28457

Se considera que el proceso de reclamación de paternidad debe tramitarse de conformidad con la mencionada Ley N° 28457, corriendo traslado de la demanda de filiación y luego, de no producirse oposición, declarar judicialmente la paternidad.

CAS. N° 3066-2005-ICA

Lima, veintisiete de Junio de dos mil seis

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, con el acompañado, vista la causa el día de la fecha, producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fojas ciento ochenta y nueve, su fecha treinta de Septiembre de dos mil cinco, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que, confirmando la sentencia de fojas ciento cincuenta y cinco, su fecha veinticinco de Febrero de dos mil cinco, declara infundada la demanda incoada por doña Benedicta Antonia Roca Baldiño; en los seguidos contra don Eliseo William Cárdenas Carhuapuma, sobre filiación; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Mediante resolución de fojas veintisiete del cuadernillo de casación formado en este Supremo Tribunal, su fecha diez de Enero de dos mil seis, se ha declarado procedente el recurso interpuesto por doña Benedicta Antonia Roca Baldiño por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, relativa a la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso; **CONSIDERANDOS: PRIMERO.-** Que, la recurrente Doña Benedicta Antonia Roca Baldiño hace consistir su denuncia –relativa a la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso–, en lo siguiente: a) que al expedirse la resolución de vista se ha infringido el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Estado, pues, por razones de orden económico se le ha denegado la posibilidad de actuar la prueba de ADN; b) que al gozar de auxilio judicial ha demostrado su estrecha situación económica y, por tanto, tiene acceso preferente a que se verifique la aludida prueba genética con la exoneración de los gastos correspondientes, en estricta armonía con lo dispuesto en los artículos tercero y sétimo del Título Preliminar del mencionado Código Formal; c) que la decisión impugnada infringe lo dispuesto en el artículo 139, inciso 8, de la Carta Magna, al sostenerse que no se ha regulado aún la situación jurídica de exoneración de pago para verificar la prueba de ADN para aquellas personas que gozan de auxilio judicial –según los alcances previstos en la Ley número 27048, artículo cuatro– lo que a su parecer atenta contra el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley; **SEGUNDO.-** Revisados los autos se tiene que la citada señora Roca Baldiño pretende que se declare la paternidad de don Eliseo William Cárdenas Carhuapuma respecto de su menor hijo Johan Jeanpierre Jesús Roca Baldiño, nacido el primero de Marzo de dos mil dos, conforme fluye de la copia certificada notarialmente del Acta de Nacimiento obrante a fojas cincuenta y dos; **TERCERO.-** Pues bien, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por Resolución Legislativa 25278, publicada el cuatro de Agosto de mil novecientos noventa) establece, en su primer párrafo, que “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”. Este principio ha sido recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes al señalar que “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”. El principio antes mencionado ha sido incorporado a nuestra legislación en la medida que representa una garantía, tanto para el niño como para el adolescente, en el sentido de que toda decisión que concierna a éstos, debe considerar primordialmente sus derechos. Como bien señalan Edwin Sevillano Altuna y Victoria Mendoza Otiniano, “el interés superior es el valor intrínseco, la necesidad primera, la razón excelsa y digna que representa todo niño y adolescente, por su condición de tales. De allí que sea factor determinante de toda decisión a tomarse”; **CUARTO.-** En el presente caso, al estar involucrado el derecho de identidad del menor, entre otros derechos, la decisión a adoptarse debe considerar el principio del interés superior del niño, tantas veces señalado; **QUINTO.-** Con fecha ocho de Enero de dos mil cinco se publicó la Ley número 28457 por la que se regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. La cuarta disposición complementaria dispuso que “los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente Ley”. De otro lado, la segunda disposición complementaria del Código Procesal Civil establece lo siguiente: “Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”; **SEXTO.-** De acuerdo a lo expresado líneas arriba y al advertirse que la decisión adoptada por las instancias de mérito contravienen normas que garantizan el derecho a un debido proceso, esta Sala considera que los presentes autos deben ser devueltos al Juez de Primera Instancia y éste debe tramitar la causa de conformidad con la mencionada Ley número 28457, corriendo traslado de la demanda de filiación y luego, de no producirse oposición, declarar judicialmente la paternidad. Por tales consideraciones, declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Benedicta Antonia Roca Baldiño, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas ciento ochentinueve, su fecha treinta de Septiembre de dos mil cinco, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica; **INSUBSISTENTE** la sentencia apelada de fojas ciento cincuenta y cinco, su fecha veinticinco de Febrero de dos mil cinco y **NULO** todo lo actuado hasta el auto admisorio de la demanda, **ORDENARON** que el Juez tramite la causa conforme a lo establecido en la Ley número 28457; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano bajo responsabilidad; en los seguidos contra Eliseo William Cárdenas Carhuapuma, sobre filiación; y los devolvieron.

S.S. TICONA POSTIGO; CARRIÓN LUGO; FERREIRA VILDOZOLA; PALOMINO GARCÍA; HERNÁNDEZ PÉREZ.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL



FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

La declaración de los testigos, personas del entorno familiar o amical de las partes, en un caso de filiación que lleva implícita una relación sexual, de la cual sólo quienes conocen a las partes pueden informar; resulta prueba suficiente que hace procedente amparar la pretensión de declaración judicial de filiación extramatrimonial, máxime si va aunada a una serie de actos de la madre, tendientes a conseguir el reconocimiento de su hija, desde cuando se encontraba en gestación.

EXP. N° 7403-91

DEMANDANTE: Luisa Débora Villanueva Sada.

DEMANDADO: Rómulo Rodríguez Merino

MATERIA: Filiación extramatrimonial

RESOLUCIÓN N° 35

Lima, veintidós de marzo de mil novecientos noventitrés

VISTOS: Con los acompañados que se tienen a la vista, expediente cuatrocientos ochentidós-noventa seguido entre doña Luisa Débora Villanueva Sada y Rómulo Rodríguez sobre alimentos ante el vigésimo séptimo Juzgado Civil de Lima; expediente cuarentisiete-ochentinueve seguido entre las mismas partes sobre falta contra las buenas costumbres ante el Juzgado de Paz Letrado de Villa María del Triunfo, así como el incidente seguido en el cuaderno principal que se lleva en este Juzgado; resulta de autos, que por escrito de fojas cuatro, doña Luisa Débora Villanueva Sada interpone acción vía ordinaria sobre declaración judicial de filiación extramatrimonial y reconocimiento de filiación extramatrimonial la misma que la dirige contra Rómulo Rodríguez Merino; manifiesta la demandante que conoció al demandado en diciembre de mil novecientos ochenticuatro, por haber trabajado en un negocio de costura bajo las órdenes del demandado, que producto de dicha relación de trabajo, entablaron amistad, luego de lo cual el demandado le prometió matrimonio y tuvieron relaciones sexuales; que producto de dicha relación nació su menor hija Ruth Zurama Rodríguez Villanueva, la misma que nació en marzo de mil novecientos ochentiséis; ampara su demanda en los artículos trescientos ochentiséis, trescientos ochentiocho inciso cinco(sic) y cuatrocientos dos del Código Civil⁽¹⁾; que corrido el traslado de la demanda, el demandado la

(1) Código Civil:

Artículo 3869 - Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

absolvió por escrito de fojas nueve, en la cual niega y contradice la demanda, ya que manifiesta que jamás tuvo relaciones sexuales con la recurrente y que al amparo del artículo trescientos veintiséis del Código de Procedimientos Civiles⁽²⁾, reconviene para que la demandante le abone la suma de diez mil dólares americanos por los daños que le está ocasionando por su maliciosa demanda; que abierta la causa a prueba actuadas las que obran en autos, ampliando el término probatorio al máximo de ley según resolución de fojas catorce vuelta; que ofrecido el término para alegatos según resolución de fojas setenticuatro vuelta, que expedido autos con citación para sentencia ha llegado el momento de expedir la que corresponde; y **CONSIDERANDO**; Que la tacha contra el documento que obra a fojas cuarentiséis, no procede, ya que siendo la libreta tributaria un instrumento público de acuerdo al artículo cuatrocientos inciso segundo del Código de Procedimientos Civiles⁽³⁾, es prueba plena; que tampoco: procede la tacha

Artículo 3889.- El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.

Artículo 402°.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1 - Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.

2.- Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.

3.- Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vidas 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.

(2) Código de Procedimientos Civiles:

Artículo 3269.- La reconvencción se interpone en el escrito de contestación a la demanda.

Corresponde al Código Procesal Civil, Art. 4559.

Artículo 455°.- Propuesta y trámite de las defensas previas.- Las defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que regulen las normas materiales, se proponen y tramitan como excepciones.

Artículo 2359.- Documento público.- Es documento público:

1. El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones;

(3) Código de Procedimientos Civiles:

Artículo 4549.- Tienen impedimento para ser testigos:

1°. El guardador, pupilo, compadre, padrino y ahijado de una de las partes;

2°. Los parientes de alguna de las partes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, incluyéndose a los parientes ilegítimos si el vínculo consta de reconocimiento o resolución judicial. Este impedimento, y el de ser compadre, padrino o ahijado, no es aplicable en las causas sobre edad, filiación, estado civil y derechos de familia;

3°. El dependiente y el sirviente de una de las partes;

4°. El enemigo de alguna de las partes, siempre que la enemistad se haya manifestado por hecho grave, que el juez calificará según las circunstancias;

5°. El que tiene en el pleito interés directo o indirecto.

contra la foto que obra en el mismo fallo, ya que carece de valor la misma, toda vez que en nuestra legislación no es prueba, quedando su valor a criterio del juez; que respecto a la tacha de testigo seguido en vía incidental, conforme se aprecia de la declaración de doña Yanet Griselda Alvarez Araujo, está acreditado que está inmersa en la causal que establece el inciso segundo del artículo cuatrocientos cincuenticuatro del Código antes mencionado, por ser pariente en segundo grado por afinidad con la demandante, por lo que esta tacha deberá de ampararse; que respecto a la tacha contra la testigo Nelly Samaniego Silva, cuya declaración testimonial corre a fojas sesentiséis, deviene en infundada, toda vez que no se ha probado que esté inmersa en las causales establecidas en el artículo cuatrocientos cincuenticuatro del Código adjetivo⁽⁴⁾; que respecto a la tacha formulada contra el testigo Carlos Rivera Cárdenas, carece de objeto pronunciarse toda vez que no se llevó a cabo dicha declaración testimonial; que respecto al fondo del asunto, con la confesión del demandado que obra a fojas sesentiuno, éste niega en todo momento que haya tenido relaciones sexuales con la demandante; que las pruebas testimoniales que corren a fojas sesenticinco no son prueba idónea para probar la paternidad de la menor; que no habiendo probado la demandante los hechos que alega, en aplicación del artículo trescientos treintiocho del Código de Procedimientos Civiles⁸(5), el demandado debe ser absuelto; que respecto a la reconvenición ésta también debe de desestimarse, ya que el demandado no ha probado daño alguno; que las demás pruebas actuadas y no sumilladas no contradicen los precedentes considerandos; por tales razones administrando justicia a nombre de la Nación, **FALLO**; Declarando **INFUNDADA** la tacha propuesta a fojas ciento dos del principal, **FUNDADA** la tacha contra la testigo doña Yanet Griselda Alvarez, deducida a fojas veintitrés del incidente de tacha e **INFUNDADA** la tacha contra los otros testigos deducidos en el mismo folio; **INFUNDADA** la demanda de fojas cuatro e **INFUNDADA** la reconvenición de fojas nueve vuelta; con costas.

ROBERTO YAYA RODRÍGUEZ,
Juez Provisional
Enrique Chávez Yauri,
Testigo Actuario

Corresponde al Código Procesal Civil, Art. 2299.

Artículo 2299.- Prohibiciones.- Se prohíbe que declare como testigo:

1. El absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el Artículo 222°;
2. El que ha sido condenado por algún delito que a criterio del Juez afecte su idoneidad;
3. El pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria;
4. El que tenga interés, directo o indirecto en el resultado del proceso; y
5. El Juez y el auxiliar de justicia, en el proceso que conocen.

(4) Código de Procedimientos Civiles:

Artículo 338°.- Si el demandante no prueba su acción, será absuelto el demandado.

Corresponde al Código Procesal Civil, Art. 200°.

Artículo 2009.- Improbanza de la pretensión.- Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.

EXP. N° 1298-93
CUARTA SALA CIVIL
RESOLUCIÓN N° 1231-93

LIMA

Lima, treintuno de agosto de mil novecientos noventitrés

VISTOS; interviniendo como Vocal ponente la doctora Palomino Thompson; por sus fundamentos; con el acompañado; **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas ciento diez, su fecha veintidós de marzo de mil novecientos noventitrés, que declara **INFUNDADA** la demanda de fojas cuatro; con lo demás que contiene y es materia de apelación; y los devolvieron.

TINEO CABRERA
CHUNCA CHÁVEZ
PALOMINO THOMPSON
Chira Ascurra, Enrique
Secretario

EXP. N° 1100-93

SALA CIVIL

LIMA

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

DICTAMEN N° 629-93-MP-FN-FSC

Señor Presidente:

Es materia del recurso de nulidad la resolución de vista de fs. 128 que confirma la sentencia apelada de fs. 110 que declara infundada la demanda de fs. 4 interpuesta por doña Luisa Débora Villanueva Sada contra don Rómulo Rodríguez Merino sobre Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial.

La sentencia impugnada se sustenta en los fundamentos de la expedida en Primera Instancia, según la cual no se ha demostrado fehacientemente los hechos invocados por la demandante.

Si bien es cierto que las únicas pruebas ofrecidas por la accionante han sido la testimonial y confesional, habiéndole resultado esta última negativa, no se puede afirmar lo mismo de la primera, pues quienes han declarado son personas de su entorno ya sea familiar o amical, como bien lo señala el emplazado y por ende la información proporcionada en sus declaraciones les consta, no siendo esta relación objeto de tacha, pues conforme a lo dispuesto por la parte *in fine* del mismo Inc. 2) del Art. 454 invocado por el a quo en los considerandos de su sentencia para amparar la interpuesta por el demandado no les es aplicable las prohibiciones ni impedimentos señalados en el ordenamiento procesal, por tratarse el asunto materia del debate judicial de uno de filiación.

Ahora bien, el testigo Carlos Enrique Narvaez ha sido propuesto por ambas partes según consta de fs. 14 y 35, por lo que conforme a lo dispuesto por el Art. 456 su declaración conserva su valor probatorio, no obstante la solicitud de garantías que presentara el emplazado en su contra como consecuencia de que le exigiera el reconocimiento de

la menor Ruth Zurama Rodríguez Villanueva, hija de la demandante, con quien no se ha demostrado que lo una más vínculo que el de la amistad.

Este testigo, así como los otros propuestos por la actora, han declarado uniformemente, que entre los meses de enero a junio de 1985 las partes litigantes de este proceso, mantuvieron relaciones de tipo sentimental, y luego sexual, así como haber constatado que el demandado frecuentaba en aquellos tiempos la casa de la demandante, situación que inclusive ha sido reconocida por el apoderado de éste al hacerle la octava repregunta a la testigo Nelly Samaniego Silva, a fs. 66vta. cuando textualmente le dice: “Para que diga la declarante que durante los meses de enero a junio de 1985 solía ir a la casa de la demandante y es por eso que le consta que el demandado siempre se le encontraba en dicho lugar”.

Que dada la forma explicativa en que los testigos han respondido las repreguntas formuladas por el apoderado del demandado, y el reconocimiento que el mismo ha efectuado sobre dichos hechos y tratándose de un reconocimiento de filiación que lleva implícita una relación sexual, de la cual sólo quienes conocen a las partes pueden informar, sobre todo cuando estas forman convicción, resulta prueba suficiente que hace procedente amparar la pretensión, máxime si va aunada a una serie de actos de la madre, tendientes a conseguir el reconocimiento de su hija, desde cuando se encontraba en gestación.

Por lo expuesto, esta Fiscalía es de la opinión que **HAY NULIDAD** en la recurrida, la que reformándose, y revocando la sentencia de Primera Instancia propone se declare **FUNDADA** la demanda e **INFUNDADA** la tacha propuesta contra doña Griselda Alvarez Araujo, **NO HABIENDO NULIDAD** en lo demás que contiene.

Lima, 09 de Diciembre de 1993.

Dr. JULIO CÉSAR BORDA CABRERA.

Fiscal Supremo

EXP. N° 1100-93

LIMA

Lima, seis de enero de mil novecientos novecuatro

VISTOS; con los acompañados; de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas ciento veintiocho, su fecha treintiuno de agosto de mil novecientos noventitrés, en cuanto confirmando la apelada de fojas ciento diez, su fecha veintidós de marzo del mismo año, declara infundada la demanda de fojas cuatro y fundada la tacha contra la testigo doña Yanet Griselda Alvarez; reformando la primera y revocando la segunda en estos extremos; declararon **FUNDADA** dicha demanda e **INFUNDADA** la referida tacha y, en consecuencia que la menor Ruth Zurama Rodríguez Villanueva es hija del demandado don Rómulo Rodríguez Merino, cursándose los partes respectivos; declararon **NO HABER NULIDAD** en los demás que contiene; en los seguidos por Luisa Débora Villanueva Sada con Rómulo Rodríguez Merino sobre filiación; y los devolvieron.

SS. URRELLO; RONCALLA; ROMÁN; VÁSQUEZ ; LOZADA;
Quezada Romero, Roberto, Secretario

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: DECLARACIÓN JUDICIAL

La presente jurisprudencia establece un criterio para determinar la declaración judicial de filiación extramatrimonial, cual es la prueba sobre la convivencia, aun cuando no se trate de una unión de hecho en términos acabados, tal como lo recoge el art. 326 del Código Civil; sino que basta que se tome el concubinato en una acepción no estricta y que en todo caso se debe probar la habitualidad y notoriedad de las relaciones extramatrimoniales para establecer la filiación del hijo nacido en esas circunstancias.

EXP. N° 100-94

LIMA

Lima, diecinueve de mayo de mil novecientos noventicuatro

VISTOS; con lo expuesto por el Señor Fiscal; por sus fundamentos pertinentes; y, **CONSIDERANDO:** que en la demanda de fojas cuatro, se invoca como fundamento de derecho el inciso tercero del artículo cuatrocientos dos del Código Civil; en el cual se establece que la filiación extramatrimonial puede declararse en el caso que el presunto padre hubiese vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción; que, si bien es cierto que el concubinato en sentido estricto se da cuando un varón y una mujer hacen vida de casados sin serlo, lo que implica habitualidad y notoriedad de la relación extramatrimonial, ausencia de impedimento natural y cumplimiento de los mismos deberes que infiere la vida de casados y por tanto convivencia bajo el mismo techo; que, sea cual fuere el sentido en que, se tome al concubinato, en su acepción más ingenua o menos estricta, es indispensable la habitualidad y notoriedad de las relaciones; que, en el caso de autos, este concepto de concubinato lo confirman las afirmaciones hechas por la actora en la demanda corroborada no sólo con las testimoniales de fojas veintidós, veintitrés, veinticuatro y veintiséis prestadas por los testigos en forma uniforme sobre la habitualidad de las relaciones existentes entre las partes, sino también con el informe de la Policía Nacional del Perú de fojas cuarenta, confesión ficta del demandado declarada por resolución de fojas veintiocho vuelta, además de las fotografías de fojas doce, trece, catorce cuyo valor probatorio es apreciado por este Supremo Tribunal de acuerdo a las reglas de la sana crítica prevista en el numeral cuatrocientos del Código de Procedimientos Civiles; que, de lo expuesto se llega a la conclusión que la demandante y demandado han mantenido relaciones convivenciales, durante la época de la concepción de la menor Cynthia Isabel Bravo Rodríguez, por lo que procede acceder a la demanda; que, finalmente, no hay nulidad si el acto procesal no obstante carecer de algún requisito formal, ha logrado el fin a que estaba destinado, y cuando la subsanación de los vicios procesales no ha de influir en el sentido de la resolución según lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo mil ochentiséis del Código de Procedimiento Civiles: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas setentinove, su fecha treinta de noviembre de mil novecientos noventitrés, que confirmando la apelada de fojas cincuentiuno, de diecisiete de junio del mismo año, declara **FUNDADA** la demanda de fojas siete, y, en consecuencia que don Alfonso Percy Bravo Arcaya es padre de la menor Cynthia Isabel Bravo Rodríguez;

con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y multa de ley a la parte que lo interpuso; en los seguidos por Isabel María Rodríguez Vera con Alfonso Percy Bravo Arcaya sobre declaración de paternidad; y los devolvieron.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: ESCRITO INDUBITADO

El atestado policial formulado por faltas contra la vida, el cuerpo y la salud no constituye “escrito indubitado” del padre por el que éste admite la paternidad extramatrimonial, pues dicho documento no tiene por objeto la determinación de la paternidad.

Expediente N° 364-96

Callao

Lima, veintitrés de enero de mil novecientos noventa y siete

VISTOS; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal Supremo; y por sus fundamentos; declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas doscientos treinticinco, su fecha diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y seis, que confirmando en un extremo y revocando en otro la apelada de fojas ciento ochenta y seis, su fecha quince de setiembre de mil novecientos noventa y cinco, declara **INFUNDADA** la tacha e impugnaciones formuladas, **INFUNDADA** la demanda de fojas cuatro y **FUNDADA** la reconvencción de fojas ocho, en consecuencia, que la niña Giuliana Martínez Ramírez es hija de don Juan Pablo Martínez Almeida; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; en los seguidos por don Juan Pablo Martínez Almeida con doña Norma Beatriz Ramírez Contreiras, sobre impugnación de paternidad; y los devolvieron.

SS. IBERICO; RONCALLA; SEMINARIO; ALMEYDA

EL VOTO DEL S. TINEO CABRERA es como sigue: Con lo expuesto por el Señor Fiscal; y **CONSIDERANDO:** Que la filiación extramatrimonial sólo puede demandarse cuando concurra alguno de los supuestos de hecho previstos en el artículo cuatrocientos dos del Código Civil; que la demandada reconviniente, sin precisar en cuál de estos supuestos funda su pretensión, señala genéricamente que el actor ha reconocido como suya a la niña de cuya filiación extramatrimonial se trata, en el atestado policial formulado por faltas contra vida, el cuerpo y la salud, en su agravio y que cuando dicha niña fue concebida, “vivían juntos haciendo vida conyugal”, que la sentencia de vista cuyos fundamentos son los del Señor Fiscal Superior, contenidos en el dictamen de fojas doscientos dieciséis, considera que admitido por el ahora demandante el hecho de haber procreado una niña con la ahora demandada, la acción propuesta en vía reconvenccional tiene asidero en el supuesto de hecho contenido en el inciso primero del mencionado artículo cuatrocientos dos del Código Civil⁽¹⁾; que empero, razonablemente, el atestado policial de su referencia, aun cuando de él consta la firma del reconocido

(1) Código Civil

Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1.- Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.

(...)

pericialmente establecida, no puede estimarse como el escrito indubitado del padre a que dicha norma legal se refiere, por la simple circunstancia de que por su naturaleza, dicho documento no proviene del demandante; que por tanto dicho documento no es idóneo para acreditar lo que se pretende, tanto más si su objeto es ajeno a la determinación de la paternidad y en el que además, el sujeto investigado no fue asistido por un abogado, ni sus declaraciones se produjeron ante un representante del Ministerio Público; **MI VOTO** es porque se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas doscientos treinticinco, su fecha dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y seis, en la parte materia del recurso que confirmando en un extremo y revocando en otro la apelada de fojas ciento ochentiséis, su fecha quince de setiembre de mil novecientos noventa y cinco, declara infundada la demanda y fundada la mencionada reconvencción; reformando la primera y revocando la segunda en estos extremos; declararon **FUNDADA** la demanda e **INFUNDADA** la reconvencción y, asimismo, declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene; en los seguidos por don Juan Pablo Martínez Almeida con doña Norma Beatriz Ramírez Contreras, sobre impugnación de paternidad; y los devolvieron.

S. TINEO

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: RECONOCIMIENTO

El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

EXP. N° 557-95

LIMA

Lima, dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y cinco

VISTOS; con lo expuesto en el dictamen del Señor Fiscal; y, **CONSIDERANDO**; que de lo expuesto en la demanda de fojas tres, se desprende que la pretensión está dirigida a la negación del reconocimiento de la filiación extramatrimonial de la menor Juliana Ramos López, impugnando así mismo la partida de nacimiento de la referida menor, sustentándola en el hecho de que no corresponde la firma del declarante como padre, que resulta ser el finado esposo de la demandante, así como la situación de que a la época del nacimiento de la menor el veintidós de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, la demandada se encontraba casada con don Jorge Chávez Muñoz; que al fundamentar la demanda en este último extremo, la accionante indica que el reconocimiento es nulo a tenor de lo dispuesto en el artículo trescientos noventa y seis del Código Civil, que señala que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable; que siendo así en la presente controversia debe comprenderse a don Jorge Chávez Muñoz, por cuanto, según la sustentación de la demanda el padre de la menor Juliana Ramos López sería el referido Jorge Chávez, y de no ser así, debe tener conocimiento de dicha acción; que no habiéndose procedido así, se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso octavo y noveno del artículo mil ochenticinco del Código de Procedimientos Civiles; Declararon **NULA** la sentencia de vista de fojas setecientos nueve, su fecha dieciocho de abril de mil novecientos noventa y cinco, **INSUBSISTENTE** la apelada de fojas quinientos ochenta y siete su fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y tres; y en consecuencia **NULO** todo lo actuado y **DISPUSIERON** que se comprenda en el proceso a don Jorge Chávez Muñoz; en los seguidos por Elba Dominica Villagarcía Nuñez viuda de Ramos con Felícita Julia López González sobre impugnación de partida de nacimiento y otro concepto; y los devolvieron.

SS. ROMÁN; REYES; VÁSQUEZ; ECHEVARRÍA; URRUTIA

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: DECLARACIÓN JUDICIAL

Si existen elementos probatorios que conducen a concluir que no sólo ha existido una relación amorosa sino que el demandado ha mantenido relaciones íntimas con la actora, ello hace presumir fácticamente que el menor es hijo del demandado, máxime que éste no lo ha desvirtuado.

EXP. N° 338-98

SALA DE FAMILIA

Lima, seis de enero de mil novecientos noventinueve

VISTOS; interviniendo como vocal ponente el señor Carrión Lugo; con la participación además de los señores vocales Ferreyros Paredes y Cabello Matamala; en la causa seguida por María del Rocío Cachay Machuca con Luis Urbano Quispe Manco sobre filiación extramatrimonial.

I. MATERIA DE LA RESOLUCIÓN:

La sentencia de fojas sesentidós, su fecha catorce de setiembre de mil novecientos noventiocho, que declara **FUNDADA** la demanda interpuesta de fojas dieciséis a veintidós.

II. CONSIDERANDOS:

Por los fundamentos pertinentes de la sentencia impugnada y por la siguientes consideraciones:

a) Que si bien del texto de la demanda de fojas dieciséis consta que la actora al plantear su pretensión procesal a fin de que se declare judicialmente que el demandado es padre del menor Flavio Alexander Quispe Cachay (declaración judicial de filiación extramatrimonial) se sustenta en los supuestos fácticos previstos por los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos dos del Código Civil (cuando exista escrito indubitado del padre que lo admita; cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción), sin embargo, dada la naturaleza de la pretensión procesal propuesta y materia de autos, se requiere de un examen interpretativo de la anotada normatividad.

b) Analizado el artículo cuatrocientos dos del Código Civil se llega a la conclusión que el legislador, al estructurar dicha norma ha señalado determinados supuestos de hecho en base a los cuales se puede declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial, sin que los supuestos fácticos para tal declaración se agoten en la enumeración que hace el aludido artículo cuatrocientos dos del Código Sustantivo. En efecto, este numeral no determina que la declaración judicial en cuestión sólo puede declararse en base a las causales que en él se fijan. En disposición legal no fija taxativamente las causales en base a las cuales se puede producir la referida declaración judicial.

c) En el caso de autos, examinadas, calificadas, apreciadas las pruebas aportadas al proceso, si bien ellas no conducen a los jueces a concluir de modo incontrovertible que las causales previstas en los incisos uno (no existe un escrito que establezca de modo

indubitable que el demandado haya admitido ser el padre del referido menor) y tres (que el demandado haya vivido en concubinato con la demandante en la época de la concepción) del artículo cuatrocientos dos del Código Civil se hayan acreditado; sin embargo, en autos existen elementos probatorios que conducen a concluir que el demandado ha mantenido relaciones íntimas con la actora que hacen presumir fácticamente que el menor Flavio Alexander Quispe Cachay es hijo del demandado habido con la accionante. En efecto, las fotografías de fojas doce y trece, los documentos de fojas cuarenticuatro a fojas cuarentiocho y la declaración testimonial de doña María Ruiz Ferreyra presentada en la audiencia de pruebas de fojas cincuentidós, que no han sido desvirtuadas por el demandado en modo alguno, acreditan que entre las partes no sólo ha existido una relación amorosa, sino que ha existido una relación íntima que inequívocamente ha conducido a la procreación del mencionado menor, cuyo mérito conduce a amparar la demanda de filiación, aplicando el espíritu y el criterio contenido en el artículo cuatrocientos dos del Código Civil.

d) A lo expuesto precedentemente debe agregarse que los jueces están autorizados, para amparar o desamparar la demanda, como un elemento coadyuvante, a calificar la conducta procesal que observen las partes durante el desarrollo del proceso. En el presente caso no aparece elemento de juicio alguno que conduzca a determinar que el demandado haya colaborado para el esclarecimiento de la verdad de los hechos alegados por las partes. Empero, esta conducta observada por el demandado no puede conducir para hacerlo merecedor de la imposición de una multa motivo por el cual la sentencia debe revocarse en ese extremo.

e) De conformidad en parte con los fundamentos que aparecen del dictamen fiscal de fojas noventa.

III. DECISIÓN:

a) **CONFIRMARON** la sentencia de fojas sesentidós, su fecha catorce de setiembre de mil novecientos noventiocho, que declara **FUNDADA** la demanda de fojas dieciséis y, en consecuencia, el menor Flavio Alexander Quispe Cachay es hijo del demandado don Luis Urbano Quispe Manco.

b) **DECLARARON** nula la sentencia en el extremo que impone una multa al demandado.

c) **CONFIRMARON** la sentencia en lo demás que contiene y es materia del grado.

d) **ORDENARON** la devolución de los autos al Juzgado de origen en caso de quedar consentida la presente resolución.

SS. FERREYROS PAREDES; CARRIÓN LUGO; CABELLO MATAMALA.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

Si se constata del acta de nacimiento que el reconocimiento del menor lo ha practicado el propio demandante, la impugnación de la paternidad y la ineficacia de la partida es improcedente, no obstante las conclusiones de la prueba de ADN que concluyen que el actor no es el padre del menor. Conforme lo señala el art. 395 del Código Civil, el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.

EXP. N° 1267-98-9-JF

SALA DE FAMILIA

Lima, once de octubre de mil novecientos noventinueve

VISTOS; interviniendo como vocal ponente el Señor Carrión Lugo, con la participación de los Señores Ferreyros Paredes y Cabello Matamala; en la causa seguida por don Serafin Guillermo Ñacary Quispe con doña Rosa Isabel Escobar Gonzales sobre impugnación de paternidad de hijo extramatrimonial.

I. MATERIA DE LA CONSULTA:

La sentencia de fojas ciento seis a ciento diez su fecha siete de julio de mil novecientos noventinueve, que declara fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad.

II. CONSIDERANDOS:

- 1) De acuerdo a los artículos 388° y 391° del Código Civil el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y este acto puede hacerse en el momento de inscribir el nacimiento.
- 2) Conforme al numeral 395° del Código Civil el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.
- 3) Asimismo, de acuerdo a los artículos 399° y 400° del citado cuerpo legal el reconocimiento puede ser negado por el padre que no interviene en él y el plazo para negar dicho reconocimiento es de noventa días a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto.
- 4) Examinada la demanda de fojas ocho se establece que el actor propone dos pretensiones procesales: a) Impugna el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial del menor, practicado por el propio demandante; b) Se declare la ineficacia o nulidad de la partida de nacimiento de dicho menor en la parte que ha suscrito el reconocimiento y en la que se ha consignado al accionante como su padre y el apellido Ñacary. Invoca como fundamento jurídico de sus pretensiones los artículos 399° y 400° del Código Civil.
- 5) El actor no ha demandado la nulidad o la anulabilidad del reconocimiento, calificándolo como un acto jurídico, no obstante invocar los artículos 210° y 219° del Código Civil. En el supuesto que se hubiera planteado la nulidad o la anulabilidad del acto jurídico el fuero de derecho familiar no habría sido competente para su conocimiento, sino el fuero civil.

6) Si el artículo 395° del Código Civil prevé que el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable y si se constata del acta de nacimiento de fojas cuatro que el reconocimiento del referido menor lo ha practicado el propio demandante, como lo expone en su escrito de fojas ocho la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad y de ineficacia de partida es improcedente, no obstante las conclusiones de la prueba de A.D.N. a que se refieren los documentos de fojas cinco y setenta que concluyen que el actor no es padre del menor.

7) El artículo 395° del Código Civil contiene una prohibición, que no admite excepción alguna.

8) Estando al razonamiento acotado resulta impertinente examinar la eficacia de los documentos de fojas cinco (que no tienen las características de la prueba anticipada, en la que se hubiera observado el principio de contradicción en materia probatoria) y de fojas setenta (que tampoco se ha practicado observándose las reglas aplicables a la prueba).

9) Si bien conforme al artículo séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado o lo haya sido erróneamente, sin embargo, el juez, de acuerdo a la misma norma, no puede ir más allá del petitorio, que en este caso se ha precisado en el cuarto y quinto considerandos de esta sentencia.

10) Con lo expuesto por la representante del Ministerio Público en su dictamen de fojas ciento veintiuno.

III. DECISIÓN:

1. **DESAPROBARON** la sentencia de fojas ciento seis a ciento diez, su fecha siete de julio de mil novecientos noventa y nueve, que declara fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad interpuesta por don Serafín Guillermo Nacary Quispe; **REFORMÁNDOLA** declararon improcedente la demanda quedando a salvo el derecho del actor para que lo haga valer de acuerdo a ley en la vía correspondiente.

2. **ORDENARON** la devolución de los autos al Juzgado de origen en caso de quedar ejecutoriada la presente resolución.

SS. FERREYROS PAREDES; CARRIÓN LUGO; CABELLO MATAMALA



FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL POR ABUELOS

El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en caso de muerte del padre o de la madre.

CAS. N° 1154-97-PUNO

DICTAMEN N° 015-98-FSC-MP

Señor Presidente:

Es materia del Recurso de Casación la Resolución de vista N° 9-97-SSMD/J, de fecha 8 de mayo de 1997, que obra a fojas 115 que **CONFIRMA** la sentencia N° 13-96 su fecha 7 de diciembre de 1996 (fojas 77), que declara **INFUNDADA** la demanda interpuesta por Ricardo Pedro Maraza Monroy e **INTEGRANDO** la propia sentencia, declararon **INFUNDADA** la pretensión alternativa sobre nulidad de acto jurídico de la declaración efectuada por Edelmira Honores Solsol.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN:

El Recurso de Casación de fojas 19 se sustenta en la causal del inciso 1° del artículo 386 del C.P.C.

Refiere el impugnante que se ha aplicado indebidamente el artículo 389 del Código Civil vigente señala al efecto, que la norma en que se ampara el fallo impugnado aplica dicho artículo del actual Código Civil, que no estuvo vigente al momento de inscribir la Partida y soslaya el artículo 353 del Código Civil de 1936 que debió aplicarse, tal como prevé el artículo 2120 del actual Código Sustantivo.

Ampara su pretensión en el artículo 353 del Código Civil anterior y el artículo 2120 del Código Civil actual.

ANTECEDENTES DEL RECURSO:

Primero.- La pretensión material del demandante RICARDO PEDRO MARAZA MONROY es que se excluya el nombre de su hijo JOSÉ RICARDO MARAZA HONORES (FALLECIDO) de la Partida de Nacimiento N° 569, perteneciente a la niña llamada JOSEFINA CLARET MARAZA ROMERO, registrada el 15 de noviembre de 1979, ante el Concejo Provincial de San Román Juliaca, por su abuela materna doña Edelmira Honores Solsol de Maraza, como hija de don José Ricardo Maraza Honores y de doña Nancy Noemí Romero Lino.

Segundo.- Sostiene el impugnante que es procedente excluir el nombre porque el artículo 353 del Código Civil de 1936 establecía textualmente que; “en caso de muerte o de incapacidad permanente del padre o de la madre, el hijo ilegítimo puede ser reconocido por el abuelo paterno o el abuelo materno, respectivamente, cuando éstos son padres del premuerto o del incapaz”, por lo que la demandada Edelmira Honores Solsol no podía reconocerla ni declararla como nieta suya e hija de su hijo José Ricardo Maraza Honores, como abuela materna que era.

Tercero.- La sentencia de Primera Instancia, de fecha 27 de diciembre de 1996, y que obra a fojas 77-79 **FALLA** declarando **INFUNDADA** la demanda interpuesta de fojas

4 a fojas 7, interponiendo apelación el demandante Ricardo Maraza Monroy a fojas 85, contra la resolución antes mencionada, elevándose en grado ante la Sala Civil, la misma que mediante resolución de vista de fojas 115/117 de fecha 8 de mayo de 1997, **CONFIRMA** la sentencia de fojas 77-79, e integrando la sentencia declara **INFUNDADA** la pretensión alternativa sobre Nulidad de Acto Jurídico de la declaración efectuada por doña Edelmira Honores Solsol.

ANÁLISIS DEL RECURSO Y OPINIÓN FISCAL

El artículo 353 del Código Civil anterior señalaba textualmente que: “En caso de muerte o de incapacidad permanente del padre o de la madre, el hijo ilegítimo puede ser reconocido por el abuelo paterno o por el abuelo materno, respectivamente, cuando éstos son padres legítimos del premuerto o del incapaz”. Este artículo aparentemente restringe la facultad de reconocer a la abuela materna y paterna, facultando sólo a los abuelos paterno y materno respectivamente; sin embargo, en el artículo materia de análisis es preciso considerar el principio de igualdad del varón y la mujer ante la ley, consagrado en el Código Civil de 1936, en la Constitución de 1980, vigente en el momento de los hechos y en nuestra actual Carta Magna, no se justifica el hecho que se niegue a las abuelas paterna y materna la facultad que se otorga al abuelo de una y otra rama. Existen importantes razones que explican el hecho de que los abuelos materno y paterno optan por reconocer a sus nietos, como son el legítimo interés familiar, la cercanía del parentesco, la ausencia de móviles utilitarios, tales razones llevan también a las abuelas a reconocer a sus nietos. Al respecto cabe una reflexión y qué sucedería si los abuelos materno y paterno fueran fallecidos entonces no habría quién reconozca al hijo extramatrimonial, porque conforme establece el Código Civil aparte de los padres y de los abuelos ninguna otra persona está legalmente capacitada para practicar el reconocimiento, lo que se explica por tratarse de un hecho delicado que afecta al orden familiar, al introducir en el más íntimo grupo doméstico a un hijo y otorgarle derechos patrimoniales y extrapatrimoniales importantes y además como quedaría al amparo de un bien jurídico tan importante como es el status familiar del hijo, quien resulta gravemente perjudicado por la imposibilidad de ser directamente reconocido por su padre como en el presente proceso que el padre es fallecido. Por lo que el acto jurídico de reconocimiento de la menor JOSEFINA CLARET MARAZA ROMERO practicado por doña Edelmira Honores Solsol es válido, consecuentemente no se halla comprendida dentro de las causales previstas en el artículo 219 del Código Civil y otras leyes especiales.

Por tanto esta Fiscalía es de opinión que no se presenta la causal prevista en el inciso 1° del artículo 386 del C.P.C., debiendo declararse **INFUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto a fojas 120-123.

Lima, 14 de enero de 1998

BLANCA NÉLIDA COLÁN MAGUIÑO

Fiscal Suprema de lo Civil.

Lima, 27 de diciembre de 1999.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de la República: Vista la causa N° 1154-97; en audiencia pública de fecha 27 de marzo del año próximo pasado; y, producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto a fojas 120 por don Ricardo Maraza Monroy, contra la sentencia de vista de fojas 115, su fecha 8 de mayo de 1997, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de San Román, Juliaca, de la Corte Superior de Justicia de Puno, que confirmando la apelada de fojas 77, su fecha 27 de diciembre de 1996, declara infundada la demanda, con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

El recurrente sustenta su Recurso de Casación en el inciso 1° del artículo 386 del C.P.C., denunciando la aplicación indebida del artículo 389 del Código Civil vigente, que regula el reconocimiento del hijo extramatrimonial por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, argumentando que ha debido aplicarse el numeral 353 del Código Civil de 1936, bajo cuyo imperio se han producido los hechos que motivan la presente litis, que facultaba el reconocimiento del hijo ilegítimo, en caso de muerte o incapacidad permanente del padre o de la madre, sólo al abuelo paterno o al abuelo materno y no así a la abuela.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, por resolución de fojas 125 se concedió el Recurso de Casación y por Resolución Suprema de fecha 25 de setiembre de 1997 se declaró procedente por la causal invocada, por lo que es pertinente analizar sus fundamentos.

Segundo.- Que, el proceso que motiva la interposición del Recurso de Casación contiene dos pretensiones; la de exclusión de nombre y la de nulidad de acto jurídico en forma alternativa, promovidas por el impugnante respecto de la partida de nacimiento de doña Josefina Claret Maraza Romero, hija extramatrimonial del que en vida fue su extinto hijo don José Ricardo Maraza Honores, fallecido el 18 de marzo de 1979, habida con doña Nancy Noemí Romero Lino; hija que ha sido reconocida en el Registro de Nacimientos por doña Edelmira Honores Solsol, abuela por línea paterna.

Tercero.- Que, la filiación ilegítima, hoy filiación extramatrimonial, se determina por el reconocimiento y por la declaratoria de paternidad, según lo dispuesto por el artículo 350 del Código Civil de 1936 y el artículo 387 del Código Civil vigente, respectivamente.

Cuarto.- Que, si bien es cierto el hijo extramatrimonial (antes ilegítimo) puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente, o por uno solo de ellos, conforme lo dispuesto por el artículo 388 del Código Civil que nos rige, habiendo legislado exactamente lo mismo al artículo 352 del Código Civil derogado; también lo es que éste, según lo establecía el artículo 353 de la legislación anterior, en caso de muerte o incapacidad del padre o de la madre, podía ser reconocido por el abuelo paterno o por el abuelo materno, cuando éstos eran padres legítimos del premuerto; sin embargo, conforme al artículo 389 del Código Civil de 1984, el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en caso muerte del padre o de la madres o cuando éstos se hallen comprendidos en los supuestos de los numerales 43 y 44, en sus respectivos incisos 1° y 3° del Código Civil citado.

Quinto.- Que, en el caso de autos, ha quedado establecido en la recurrida, en base a la prueba actuada, que el auto de reconocimiento de la titular de la partida de nacimiento de fojas 3, fue practicado en el Registro de Nacimientos por la abuela materna con

fecha 15 de noviembre de 1979, estando vigente el Código Civil de 1936, que, por tanto, verificado el hecho del reconocimiento el indicado año, corresponde apreciarlo bajo el régimen del Código Civil de 1936, a efectos de establecer si se constituyó o no en válido.

Sexto.- Que, el recurrente no sólo ha cuestionado la sentencia de vista confirmatoria de la de Primera Instancia por la aplicación indebida del artículo 389 del Código Civil de 1984, sino también ha cuestionado mediante el recurso de apelación la aplicación del artículo 353 del derogado Código Civil.

Sétimo.- Que, si bien el Código Civil de 1936 establecía que en caso de muerte o incapacidad permanente del padre o de la madre, el hijo ilegítimo podía ser reconocido por el abuelo paterno o por el abuelo materno cuando éstos son padres legítimos del premuerto o del incapaz; dicha norma restringía la facultad de reconocer, en defecto del padre o de la madre, al abuelo paterno o al abuelo materno, excluyendo a las abuelas, no obstante el Principio de Igualdad entre el varón y la mujer ante la ley, consagrado en ese mismo texto legal, en diversos casos, como el del consentimiento para el matrimonio de menores; además de la proclamación de dicho Principio en la Constitución Política de 1979, bajo cuyo imperio se produjo el acto de reconocimiento, lo que no alcanza a justificar el que se les negara a las abuelas paterna y materna la facultad que se otorga al abuelo de una y otra rama, máxime si las mismas circunstancias que explican tal atribución a favor del abuelo, existen tratándose de la abuela, como lo son el legítimo interés familiar, la cercanía del parentesco y la carencia de móviles utilitarios; a cuyo propósito es preciso destacar también que cuando el inciso 2º del artículo 366 del Código Civil derogado, establecía que “cuando el hijo se halle en la posesión constante del estado de hijo ilegítimo del padre, justificada por actos directos de éste o de su familia”, no hacía ningún tipo de distinciones.

Octavo.- Que, sin embargo, el Colegiado apelando a la Teoría de los hechos cumplidos contenido en el artículo 2021 del Código Civil vigente ha considerado como base jurídica para su decisión, la aplicación del artículo 389 contenido en dicho texto legal, que establece que el “hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o por las abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre”, que, esta sola consideración contraviene la prescripción contenida en el artículo 2020 del Código Civil anteriormente citado que permite la ultractividad en la aplicación de la legislación anterior a este caso concreto, quedando en evidencia la aplicación indebida que ha hecho del artículo 389 citado, siendo la norma aplicable la contenida en el artículo 353 del Código Civil de 1936, de acuerdo a las motivaciones glosadas en el sétimo considerando de esta resolución.

Noveno.- Que, cabe precisar que el nombre es una de las manifestaciones del derecho a la identidad de la persona y mediante el cual se designa e individualiza al sujeto de derecho; que, en consecuencia, el Juzgador ha de aplicar la ley comprendiendo con sensibilidad que los valores inmersos en su articulado tienden fundamentalmente a proteger a la persona natural como tal.

Décimo.- Que, ahora bien, si la ley no concede acción para excluir o suprimir el nombre del presunto padre cuando ha sido indebidamente incluido en una partida de nacimiento de su presunto hijo, por cuanto en tal situación se tendrá por no puesto o incluido dicho nombre, para lo cual no se requiere de ejercitar acción alguna, en atención a lo dispuesto en el artículo 392 del Código Civil vigente, es evidente que mucho menos la

ley puede conceder acción a persona distinta, por lo tanto, la pretensión de exclusión de nombre resulta improcedente.

Undécimo.- Que, por otro lado, teniendo en cuenta las causales de nulidad del acto jurídico contenidas en el artículo 1123 del Código Civil de 1936, antecedente normativo del artículo 219 del Código Civil vigente, es fácil advertir que el acto de reconocimiento efectuado por doña Edelmira Honores Solsol no se encontraba incurso en alguna de las causales de nulidad previstas en dicha norma, que, por tanto, la pretensión de nulidad de acto jurídico demandada también deviene en improcedente.

Duodécimo.- Que, habiendo acreditado el impugnante la existencia del vicio denunciado, de conformidad con lo establecido en el inciso 1° del artículo 386 del C.P.C.; Declararon **FUNDADO** el Recurso de Casación de fojas 120, interpuesto por don Ricardo Maraza Monroy; en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fojas 115, de fecha 8 de mayo de 1997, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de San Román, Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno; y, **actuando en sede de instancia: REVOCARON** la sentencia apelada de fojas 77, su fecha 27 de diciembre de 1996, que declara infundada la demanda; **REFORMÁNDOLA e INTEGRÁNDOLA:** Declararon **IMPROCEDENTE** la demanda de fojas 4, sobre exclusión de nombre y nulidad de acto jurídico; sin costas ni costos; **MANDARON** se publique la presente resolución en el diario oficial El Peruano; en los seguidos por don Ricardo Maraza Monroy con doña Nancy Noemí Romero Lino y otra, sobre exclusión de nombre y otro concepto; y los devolvieron.

SS. URRELLO A.; ALMENARA B.; RONCALLA V.; VÁSQUEZ C.; ECHEVARRÍA A.



FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL

El reconocimiento de un hijo es un acto jurídico unilateral y como tal requiere la manifestación de voluntad del accionante, quien no la ha expresado en la partida de nacimiento del menor Ricardo Oré Manrique como señal de aceptación de la paternidad, por ello, no ha existido acto jurídico en tal sentido, y el hecho de que se haya consignado el nombre del actor en la citada partida de nacimiento constituye un acto de usurpación de nombre, no pudiendo mantenerse dentro de un instrumento público tal afirmación por inexacta.

CAS. N° 2747-98-JUNÍN

Lima, cinco de mayo de mil novecientos noventinueve

LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA en la causa vista en audiencia pública de fecha 4 de mayo del presente año, y de conformidad con el dictamen del Fiscal Supremo emite la siguiente sentencia; con los acompañados:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por Héctor Elvis Oré Apolinario contra la sentencia de vista de fojas 404, su fecha 2 de julio de 1997, que revocando la apelada de fojas 341, su fecha 7 de enero de 1997, declara improcedente en todas sus partes la demanda y exonera del pago de las costas y costos del proceso; y la confirma en lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Sala mediante resolución de fecha 2 de Diciembre de 1998 ha estimado procedente el recurso únicamente por la causal de interpretación errónea del artículo 392 del Código Civil, sosteniendo el recurrente que dicha norma debe ser interpretada en concordancia con lo establecido por el artículo 28 del Código acotado, ya que el hecho de que se tenga por no puesto el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo no implica que cualquiera pueda usar el nombre de ésta ni que el usurpado pueda lograr que cese el uso de su nombre.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el signo que distingue a las personas en sus relaciones jurídicas y sociales es el nombre civil, que está compuesto por el nombre individual o de pila y por el apellido o nombre de familia, nombre que va unido a la personalidad de todo individuo como designación permanente de ésta, tal como lo señala el tratadista Nicolás Coviello. (COVIELLO, Nicolás, Doctrina General del Derecho Civil, México TEHA, 1949, página 189).

Segundo.- Que, el artículo 28 del Código Civil regula la institución de la usurpación de nombre, siendo el concepto de usurpación aquí utilizado de naturaleza civil y no penal, es decir no debe entenderse como despojo con violencia sino que existirá usurpación de nombre cuando éste sea utilizado ilegítimamente por una persona que no es titular

del mismo, uso que puede ser directo cuando existe un apoderamiento del nombre, es decir que una persona se identifique con el nombre de otra, y también puede ser indirecto, cuando se usó el nombre ajeno no para identificarse sino para consignarlo en documentos o citarlo para atribuirle una manifestación de voluntad o situación jurídica inexistente a aún no determinada, concediéndole al usurpado la facultad de accionar para conseguir el cese de tan mal uso.

Tercero.- Que, el artículo 392 del Código Civil establece una ficción jurídica, al señalar que si uno de los progenitores reconoce separadamente a su hijo no puede revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera procreado, resultando que cualquier indicación en ese sentido se tendrá por no puesta, norma que por un lado debe ser concordada con lo establecido por los artículos 19 y 21 del Código Sustantivo que señala que toda persona tiene el derecho y deber de llevar un nombre y que al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido; y por otro lado, debe ser concordada con lo dispuesto por el artículo 28 del Código acotado, en el sentido de que aquella constituye una norma de protección del nombre de la persona que o ha efectuado el reconocimiento y por tanto no impide que ésta en ejercicio de lo establecido por el mencionado artículo 28, consiga la exclusión de su nombre, y mientras ello no suceda o no se establezca su paternidad de acuerdo a ley, tal indicación no surtirá efecto legal alguno.

Cuarto.- Que, el derecho al nombre, que es parte del derecho a la identidad, implica además de lo señalado en el primer considerando de la presente resolución, el derecho que tiene toda persona de poder conocer su origen y quiénes son sus progenitores por lo que más se puede sostener que se está protegiendo la identidad de una persona al mantenerla en la creencia, a través de un documento oficial que su padre es una persona que legalmente no tiene tal calidad.

Quinto.- Que, el reconocimiento de un hijo es un acto jurídico unilateral y como tal requiere de una manifestación de voluntad, y en el presente caso el accionante no ha expresado su voluntad en la partida de nacimiento cuestionada, en el sentido de aceptar la paternidad del menor Ricardo Oré Manrique, consiguientemente, no ha existido acto jurídico en tal sentido, y el hecho de que se haya consignado el nombre del actor en la comentada partida de nacimiento constituye un acto de usurpación de nombre y por ende no puede mantenerse dentro de un instrumento público una afirmación inexacta, lo que además vulnera la norma de orden público contenida en el mencionado artículo 21 del Código Civil, por consiguiente, la Sala de Revisión ha efectuado una interpretación errónea de la norma contenida en el artículo 322 del Código Sustantivo.

SENTENCIA:

Que estando a las conclusiones arribadas y en aplicación de lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 396 del C.P.C.: declararon **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por don Héctor Elvis Oré Apolinario; en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fojas 404, su fecha 2 de julio de 1997 y **ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas 341, su fecha 7 de enero de 1997, que declara **FUNDADA** la demanda de exclusión de nombres interpuesta por don Héctor Elvis Oré Apolinario contra don Lucio Manrique Chipana y otra; con lo demás que contiene; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; y los devolvieron.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: USURPACIÓN DE NOMBRE

La usurpación de nombre consiste en el uso que del nombre pueda hacer otra persona distinta del titular, como cuando se consigna el nombre en un documento, sin contar con la autorización para hacerlo, situación que se sanciona cuando el padre o la madre que reconoce en forma separada el nacimiento de su hijo, indica el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido, teniéndose por no puesta dicha indicación.

CAS. N° 3149-98-HUAURA

Lima, 21 de mayo de 1999

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia; en la causa vista en Audiencia Pública de la fecha emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por don Nelson Leoncio Fung Wong, contra la sentencia de vista de fojas 101, su fecha 6 de noviembre de 1998, que confirma la apelada de fojas 70, de fecha 13 de mayo del mismo año, que declara infundada la demanda sobre exclusión de nombre.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Por resolución de esta Sala Suprema del 15 de enero de 1999, se ha declarado procedente el recurso por la causal contenida en el inciso 1° del artículo 386 del C.P.C., por lo siguiente: **a)** Interpretación errónea del artículo 28 del Código Civil en el sentido que no es lógico sostener que la usurpación del nombre deba hacerse con violencia, siendo que debe interpretarse la norma como la simple utilización de un nombre sin derecho ni la autorización de la persona a quien corresponde el mismo; y **b)** interpretación errónea del artículo 392 del Código Civil al considerar que la consignación del nombre de una persona en una partida de nacimiento sin su consentimiento no constituye un acto usurpativo.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, en la sentencia de vista que confirma la apelada que declara infundada la demanda de exclusión de nombre, señala que la inclusión de los nombres del demandante en la partida de nacimiento del menor Bylly Nelson Fung Gómez por parte de la demandada, no constituye actos usurpatorios y que además este acto no le causa perjuicio al actor, en la medida que el nombre del padre que aparece en la partida de nacimiento no surte efecto de filiación de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley N° 26497 (Ley Orgánica del RENIEC), disposición que estima concordante con el artículo 392 del Código Civil.

Segundo.- Que, el citado artículo 392 del Código Civil expresa que cuando el padre o la madre hicieran el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con que hubiera tenido el hijo, toda indicación al respecto se tiene por no puesta.

Tercero.- Que, asimismo, el artículo 28 del Código Civil señala que nadie puede usar nombre que no le corresponde. El que es perjudicado por la usurpación de su nombre tiene la acción para hacerla cesar y obtener la indemnización que corresponda.

Cuarto.- Que, entonces debe interpretarse que la usurpación a que se refiere en el artículo 28 del Código Civil consiste en el uso que del nombre pueda hacer otra persona distinta del titular, comprendiéndose al caso materia de autos, esto es, cuando se consigne el nombre en un documento, sin contar con la autorización para hacerlo. Situación que incluso está expresamente sancionada en el artículo 392 al señalarse que cuando el padre o la madre que reconoce en forma separada el nacimiento de su hijo, cualquier indicación sobre la persona con quien lo hubiera tenido se tendrá por no puesta. Por lo que, resulta correcto el emplazamiento a la demandada al estimarse que se ha usurpado el nombre del actor al incorporar sus nombres como padre del menor Billy Nelson Fung Wong.

Quinto.- Que, en consecuencia, se han interpretado erróneamente las normas contenidas en los artículos 28 y 392 del Código Civil, por lo que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 396 inciso 1° del C.P.C.

SENTENCIA:

Por las consideraciones anteriores, y de conformidad con el dictamen fiscal, declararon **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por don Nelson Leoncio Fung Wong; y en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas 101, su fecha 6 de noviembre de 1998, y actuando en sede de instancia, **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas 70, de fecha 13 de mayo del mismo año, que declara infundada la demanda, y reformándola la declararon **FUNDADA** en los seguidos con doña Dolly Tania Gómez Peña, sobre exclusión de nombre; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano; bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. PANTOJA; IBERICO; RONCALLA; OVIEDO DE A.; CELIS.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: EXCLUSIÓN DE NOMBRE

La acción sobre exclusión de nombre procedería en el presente caso solo si se trata del caso en el que el padre o la madre reconocen en forma separada el nacimiento de su hijo, indicando el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido, indicación que se tiene por no puesta. Sin embargo, el demandante ha pedido que se excluya su nombre de la partida perteneciente al menor, por considerar que no es su padre; pero el propio actor inscribió el nacimiento dándole su nombre en la partida, por lo que mal podría accederse a su exclusión, si previamente y por mandato judicial no se declara nulo dicho reconocimiento.

CAS. N° 2592-99-PUNO (Publicada en El Peruano, 04-07-2000)

Lima, 11 de febrero de 2000

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República; Vista la causa N° 2592-99; en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación de fojas 134, interpuesto por el demandado don Erasmo Pari Osco, contra la sentencia de vista de fojas 121, su fecha 1° de setiembre de 1999, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, que revocando la sentencia de primera instancia de fojas 83, del 21 de junio del mismo año, declara infundada la demanda de fojas 8, sobre exclusión de nombre y el pago de daños y perjuicios.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Por resolución del 11 de noviembre último esta Sala declaró procedente dicho recurso por la causal prevista en el inciso 2° del artículo 386, del C.P.C., denunciando el recurrente: **a)** la inaplicación del artículo 396 del Código Civil, sosteniendo que la partida de nacimiento de fojas 3 de fecha 22 de julio de 1985 perteneciente al menor Juan Carlos Pari Usedo, es nula, por encontrarse su madre la demandada, casada desde el año de 1979, cuyo matrimonio continúa vigente por no haber sido invalidado; **b)** la inaplicación de los artículos 361 y 362 del mismo Código, por tener el nombrado menor la calidad de hijo matrimonial y por ende la presunción de ser hijo del cónyuge de la demandada; **c)** la inaplicación del artículo 220, segundo párrafo, del referido Cuerpo Normativo, por no haberse hecho uso de la facultad que confiere la citada norma legal, declarando de oficio la nulidad del acto jurídico que contiene la mencionada partida, por encontrarse comprendida dentro de las causales previstas en los incisos 3° y 7° del artículo 219 del acotado; y; **d)** la inaplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, debido a que si bien la demanda es sobre exclusión de nombre, cuando es realidad debió haber sido de usurpación de nombre con el objeto de excluir su nombre de la partida del menor y no haber pedido la nulidad del acto jurídico contenido en la misma, el órgano jurisdiccional debió pronunciarse sobre el fondo del asunto aplicando la norma jurídica pertinente.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, don Erasmo Gerardo Pari Osco, acompañando la partida de nacimiento de fojas 3 del menor Juan Carlos Pari Usedo, inscrita el 14 de agosto de 1985, ante la Municipalidad Provincial de Yunguyo, demanda a doña Elvira Usedo Paye, madre del nombrado menor, para que se excluya de la referida partida su nombre por no ser el padre de éste, alegando que jamás ha mantenido relaciones extramatrimoniales con su madre la demandada, quien es casada con don Luciano Orestes Osco Sihuayro desde 1979, haciendo extensiva su demanda al pago de daños y perjuicios irrogados.

Segundo.- Que, por su parte la demandada al contestar la demanda sostiene que el demandante es el padre de su menor hijo, puesto que si bien es casada su esposo la abandonó desde hace quince años, circunstancia que el actor aprovechó para violarla sexualmente, de cuyas relaciones nació el menor, por lo que ha sido denunciado ante el juzgado penal de la provincia de Chucuito-Juli, que abrió la instrucción N° 39-85 actualmente en trámite; que estos hechos han dado lugar a una transacción extrajudicial en la que el demandante reconoce ser el padre de su menor hijo comprometiéndose a pasarle todo lo necesario para su subsistencia, inscribiéndolo personalmente ante el Registro del Estado Civil, como consta, según agrega, de la partida de nacimiento que adjunta a fojas 26, anotada en el mismo Registro de la partida que hace mérito en el considerando anterior, con el N° 524 de fecha 22 de julio del mismo año.

Tercero.- Que, las instancias de mérito apreciando la prueba actuada, especialmente, el acta de fojas 27, suscrita por ambas partes ante el gobernador de la provincia de Yunguyo y la partida de nacimiento de fojas 26, N° 524, inscrita en los Registros del Estado Civil de la citada provincia, han establecido que el demandante ha reconocido en forma expresa la paternidad del menor, dejando constancia incluso, que esta partida es de fecha anterior a la de fojas 3, presentada por el demandante con una fecha distinta al nacimiento.

Cuarto.- Que, el demandante según los términos de la demanda, pide se excluya su nombre de la partida de fojas 3, perteneciente al menor Juan Carlos Pari Usedo, por considerar que no es su padre; pero resulta, como señala el inferior, que el propio actor inscribió el nacimiento dándole su nombre en la partida de fojas 26, de fecha anterior a la partida de fojas 3 y mal podría accederse a su exclusión, si previamente y por mandato judicial no se declara nulo dicho reconocimiento.

Quinto.- Que, del mismo modo cabe destacar que, si bien el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni funda su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, conforme a lo prescrito en el artículo VII del Título Preliminar del C.P.C., por lo que bajo este criterio de orden legal la demanda tampoco podría prosperar, por no existir acción solicitando la invalidez del referido reconocimiento y menos la acción contestatoria del marido de la demandada.

Sexto.- Que, por las consideraciones precedentes, la acción principal acumulada sobre exclusión de nombre es procedente sólo si se trata del caso previsto en el artículo 392 del Código Civil, lo que no sucede en el presente caso, si se tiene en cuenta los hechos acreditados y obviamente siendo esto así, resultan inaplicables al artículo VII del Título Preliminar del Código Civil N° 220, segundo párrafo y los artículos 361, 362 y 396

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

del acotado, invocados por el recurrente, puesto que se trata de normas relacionadas con la nulidad del acto jurídico, la presunción de filiación matrimonial y el reconocimiento del hijo extramatrimonial nacido de las relaciones con mujer casada, situaciones jurídicas que no han sido objeto de la demanda ni de reconvención en este proceso; no obstante lo expuesto, la demanda es improcedente y no infundada como estima la Sala Civil, razones por las cuales, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Civil y de conformidad con lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 427 del C.P.C.; declararon **FUNDADO** el Recurso de Casación de fojas 134, interpuesto por el demandante don Erasmo Pari Osco, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas 121, su fecha 1° de setiembre de 1999 y actuando en sede de instancia, **CONFIRMARON** la apelada de fojas 83, del 21 de junio del mismo año, que declara **IMPROCEDENTE** la demanda de fojas 8, en todos sus extremos, **ORDENARON** se publique la presente resolución en el diario oficial El Peruano; en los seguidos por Don Erasmo Pari Osco con doña Elvira Usedo Paye, sobre exclusión de nombre y otro; y lo devolvieron.

SS. URRELLO; SÁNCHEZ PALACIOS; ROMÁN; ECHEVARRÍA; DEZA.



FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL

El reconocimiento de un hijo es un acto jurídico unilateral y como tal requiere la manifestación de voluntad del accionante quien no la ha expresado en la partida de nacimiento la menor como señal de aceptación de la paternidad, por ello, no ha existido acto jurídico en tal sentido, y el hecho de que se haya consignado el nombre del actor en la citada partida de nacimiento constituye un acto de usurpación de nombre, no pudiendo mantenerse dentro de un instrumento público tal afirmación por inexacta.

CAS. N° 299-00A-HUANCAVELICA

Lima, 7 de noviembre de 2000

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República; en la causa vista en Audiencia Pública de fecha 6 de noviembre del presente año, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por don Eugenio Huarocc Huamán contra la sentencia de vista de fojas 124, su fecha 27 de diciembre de 1999, que revocando la sentencia apelada de fojas 88, su fecha 20 de agosto del mismo año, declara improcedente la demanda y la confirma en lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Sala mediante resolución de fecha 5 de abril de 2000 ha estimado procedente el recurso por la causal de interpretación errónea de los artículos 19, 28 y 392 del Código Civil, por cuanto el nombre implica un derecho y un deber a la vez, comprendiendo éste tanto el patronímico como el apellido, en consecuencia, nadie puede utilizar nombres o apellidos que no le corresponden, ni mucho menos utilizar el de otro para imputarle la paternidad de una menor consignándolo en una partida de nacimiento sin consentimiento del titular, ya que ello implica una usurpación de nombre, no siendo óbice para solicitar la cesación de la usurpación lo establecido en el artículo 392 del Código acotado, por cuanto el derecho del titular del nombre sigue siendo vulnerado, máxime que puede llevar a la menor a una creencia equivocada sobre la identidad de su progenitor y por la causal de inaplicación del artículo 21 del Código Sustantivo, por cuanto no existiendo documento que acredite la filiación extramatrimonial de la menor y habiendo sido reconocida únicamente por la madre, le corresponden los apellidos de ésta.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el signo que distingue a las personas en sus relaciones jurídicas y sociales es el nombre civil, el que está compuesto por el nombre individual o de pila y por el apellido o nombre de familia, nombre que va unido a la personalidad de todo individuo como designación permanente de ésta, tal como lo señala el tratadista Nicolás Coviello (COVIELLO, Nicolás, Doctrina General del Derecho Civil, México UTEHA, 1949, página 189).

Segundo.- Que, el artículo 28 del Código Civil regula la institución de la usurpación de nombre, siendo el concepto de usurpación aquí utilizado de naturaleza civil y no penal, es decir no debe entenderse como despojo con violencia sino que existirá usurpación de nombre cuando este sea utilizado ilegítimamente por una persona que no es titular del mismo, uso que puede ser directo cuando existe un apoderamiento del nombre, es decir que una persona se identifique con el nombre de otra, y también puede ser indirecto, cuando se use el nombre ajeno no para identificarse sino para consignarlo en documentos o citarlo para atribuirle una manifestación de voluntad o una situación jurídica inexistente aún no determinada, concediéndole al usurpado la facultad de accionar para conseguir el cese de tal mal uso.

Tercero.- Que, el artículo 392 del Código Civil establece una ficción jurídica al señalar que si uno de los progenitores reconoce separadamente a su hijo, no puede revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera procreado, resultando que cualquier indicación en ese sentido se tendrá por no puesta, norma que por un lado debe ser concordada con lo establecido por los artículos 19 y 21 del Código Sustantivo que señalan que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre y que al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido, ocurriendo en el caso de autos, que habiendo sido la madre que reconoció a la menor, ésta debe llevar sus apellidos, y por otro lado, debe ser concordada con lo dispuesto por el artículo 28 del Código acotado, en el sentido de que aquella constituye una norma de protección del nombre de la persona que no ha efectuado el reconocimiento y por tanto no impide que esta en ejercicio de lo establecido por el mencionado artículo 28, consigna la exclusión de su nombre y mientras ello no suceda o no se establezca su paternidad de acuerdo a ley tal indicación no surtirá efecto legal alguno.

Cuarto.- Que, el derecho al nombre que es parte del derecho a la identidad, implica además de lo señalado en el primer considerando de la presente resolución, el derecho que tiene toda persona de poder conocer su origen y quiénes son sus progenitores, por lo que no se está protegiendo la identidad de una persona al mantenerla en la creencia, a través de un documento oficial, que su padre es una persona que legalmente no tiene tal calidad.

Quinto.- Que, el reconocimiento de un hijo es un acto jurídico unilateral, y como tal requiere de una manifestación de voluntad y en el presente caso el accionante no ha expresado su voluntad en la partida de nacimiento cuestionada, en el sentido de aceptar la paternidad de la menor Ana María Huaroc Champi, consiguientemente no ha existido acto jurídico en tal sentido, y el hecho de que se haya consignado el nombre del actor en la comentada partida de nacimiento constituye un acto de usurpación de nombre y por ende no puede mantenerse dentro de un instrumento público una afirmación inexacta, lo que además vulnera la norma de orden público contenida en el mencionado artículo 21 del Código Civil, por consiguiente, la Sala de revisión ha efectuado una interpretación errónea de las normas contenidas en los artículos 19, 28 y 392 del Código Sustantivo, así como ha inaplicado la norma en el artículo 21 del acotado.

SENTENCIA:

Que estando a las conclusiones arribadas y en aplicación de lo dispuesto por el inciso 1º del artículo 396 el C.P.C., declararon **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por don Eugenio Huaroc Huamán; en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fojas 124, su fecha 27 de diciembre de 1999, y actuando en sede de instancia

REVOCARON la sentencia apelada de fojas 88, su fecha 20 de agosto de 1999 que declara infundada la demanda, **REFORMÁNDOLA** declararon fundada la demanda interpuesta por don Eugenio Huaroc Huamán contra doña Marina Champi Huamani sobre supresión de nombre y apellido, en consecuencia **ORDENARON** se oficie al Registro Civil correspondiente a efectos de que actúe conforme a ley de acuerdo a la presente resolución; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad, y los devolvieron.

SS. PANTOJA; IBERICO; OVIEDO DE A.; CELIS; ALVA.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: DERECHO AL NOMBRE Y A LA IDENTIDAD

No se ha negado la inscripción del nacimiento del menor por inconcurrencia al acto del presunto padre, por lo que no se transgrede el derecho al nombre y a la identidad. Lo que se ha negado en el presente caso es consignar los datos del presunto padre en la partida de nacimiento, ya que al haber reconocido al hijo en forma separada no se puede revelar el nombre de la persona con quien tuvo ese hijo. El reconocimiento es un acto unilateral, formal, facultativo y personal, el cual no requiere para perfeccionarse sino de una declaración de voluntad por parte de quien lo practica.

CAS. N° 519-00-PIURA

Lima, 6 de noviembre de 2000

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República; en la causa vista en Audiencia Pública de la fecha, emite la siguiente sentencia de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Civil:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por la Fiscal de Familia de Piura, contra la sentencia de vista de fojas 182, su fecha 12 de octubre de 1999, que confirmando la apelada de fojas 153, su fecha 30 de octubre del mismo año, declara infundada la demanda de fojas 12.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Esta Sala Suprema, por ejecutoria de fecha 28 de abril último, ha estimado procedente el recurso interpuesto por las causales de interpretación errónea del artículo 388 del Código Civil e inaplicación de los artículos VIII del Título Preliminar y artículo sexto del Código de los Niños y Adolescentes, así como de los artículos 19, 21 y 392 del Código Sustantivo.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, al postular la demanda de fojas 12, la Fiscal Provincial de Familia de Piura ha sostenido que en el Concejo Provincial de su jurisdicción se contraviene el derecho al nombre y a la identidad, pues se han apersonado a su Despacho madres adolescentes, las cuales le han indicado que no han podido inscribir a su menor hijo en el registro respectivo por no haber sido acompañadas por el padre del menor.

Segundo.- Que, sin embargo, la conclusión fáctica a la que se ha arribado en las instancias de mérito es que jamás hubo tal negativa, más si en el cumplimiento de la normatividad sobre la materia, se restringió la inscripción de los menores en el sentido que sólo se podían consignar los datos de la madre declarante.

Tercero.- Que, no obstante ello, al formular su recurso de casación, la recurrente ha acusado la interpretación errónea del artículo 388 del Código Civil, argumentando que conforme a dicha norma el reconocimiento del hijo extramatrimonial puede hacerse por los padres de manera conjunta o por solo uno de ellos, y en la inaplicación de los

artículos VIII del Título Preliminar y artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, 19, 21 y 392 del Código Civil, señalando que aplicando el principio del interés superior del niño no debe negarse el derecho de éste a llevar un nombre cuando se trate de hijo extramatrimonial, ni tampoco su reconocimiento.

Cuarto.- Que, resulta entonces pertinente precisar que la denuncia no está referida a la negación de la inscripción del nacimiento del menor por inconcurrencia al acto del presunto padre, sino, la negación a consignar los datos de éste en la partida de nacimiento.

Quinto.- Que, si bien el artículo 19 del Código Civil establece que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre incluyendo los apellidos, el numeral vigésimo primero del acotado precisa que al hijo extramatrimonial (como en el presente caso) le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido o, en caso de ser reconocido por ambos corresponde llevar el primer apellido de los dos.

Sexto.- Que, ello no se condice con el artículo 392 del mismo cuerpo legal, el cual establece en forma expresa que en caso de que la madre o el padre realice el reconocimiento en forma separada, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo; ni mucho menos con el artículo 388 del Código Civil que prevé que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre o, por sólo uno de ellos.

Sétimo.- Que, el “reconocimiento” conforme a la doctrina en derecho de familia, es un acto unilateral, formal, facultativo y personal, el cual no requiere para perfeccionarse sino de una declaración de voluntad por parte de quien lo practica.

Octavo.- Que, al tratar el tema el Maestro Héctor Cornejo Chávez expresa: “La voluntad del acto se refleja en la disposición, generalizada en el derecho universal, por la que se prohíbe al padre que reconoce a un hijo la mención del nombre del otro o de cualquier dato por donde se pueda identificar a éste, sin mas excepción –obvia por lo demás– que la del padre que reconoce al hijo simplemente concebido, salvo, por supuesto, que el reconocimiento lo hagan conjuntamente ambos progenitores” (Decreto Familiar Peruano, Tomo Segundo, Novena Edición, página 109).

Noveno.- Que, aun cuando las normas a que se refiere el quinto y sexto considerando de la presente resolución no han sido invocadas en forma expresa en la sentencia impugnada, ello no conduce a la nulidad de la misma en atención a la facultad de rectificación que concede el segundo párrafo del artículo 397 del Código Adjetivo, tanto más si aparece del tenor de la propia sentencia que ésta los alude para declarar infundada la acción.

SENTENCIA:

Estando a las consideraciones que anteceden y de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Civil, declararon **INFUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Público, en consecuencia **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas 182 su fecha 12 de octubre de 1999, que confirmando la apelada de fojas 153 su fecha 30 de junio del mismo año, declara infundada la demanda interpuesta a fojas 12, **ORDENARON** se publique la presente resolución en el diario oficial El Peruano; bajo responsabilidad, en los seguidos con la Municipalidad Provincial de Piura y otros, sobre contravención a los derechos de nombre e identidad, y los devolvieron.

SS. PANTOJA; IBERICO; OVIEDO DE A.; CELIS; CARRIÓN.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: EXCLUSIÓN DE NOMBRE DE PARTIDA DE NACIMIENTO

Se está afectando indirectamente el nombre del recurrente al consignársele como padre de la menor en la partida de nacimiento, siendo procedente la acción de exclusión de nombre, pues de manera indirecta se ha usado su nombre para consignarlo en un documento atribuyéndole una manifestación de voluntad no declarada; debiéndose, por tanto, excluir su nombre en la parte de la partida de nacimiento que figura como padre de la menor.

CAS. N° 3802-00-ANCASH

Lima 25 de julio de 2001

Exp. N° 3802-2000

Recurso de Casación. Exclusión de nombre.

La Sala Civil Transitoria - Ancash

Dictamen N° 130-2001 -FSC-MP

Señor Presidente: Viene para Opinión Fiscal, el Recurso de Casación interpuesto a fs. 150-A a 156 por don Carlos Armando Mariano Dueñas contra la sentencia de vista de fs. 144 a 145, su fecha 30 de setiembre de 1999, expedida por la primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Ancash, que Confirmó la sentencia apelada de fs. 96 a 101, su fecha 31 de mayo de 1999, que declaró infundada la demanda interpuesta por don Carlos Armando Mariano Dueñas contra doña Eulalia de la Cruz Bazán, sobre Exclusión de Nombres y Apellidos. La Sala de su Presidencia, mediante resolución de fecha 1 de febrero del año 2001, ha declarado Procedente el Recurso de Casación, por la causal prevista en el numeral 2 del art. 386 del C.P.C., esto es, la inaplicación de una norma de derecho material.

FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN: El recurrente en este sentido, fundamenta su Recurso de Casación de fs. 150A a 156, sosteniendo: **1.-** Que, la sentencia de vista no se pronuncia sobre el fondo del asunto ni sobre lo que es materia del Recurso de Apelación, inaplicando además los arts. 21°, 28° y 392° del Código Civil, a pesar que ha quedado acreditado que la demandada consignó sin su consentimiento ni autorización el nombre del demandante en la partida de nacimiento de su menor hija, ante lo cual correspondía la aplicación del art. 28° del Código Civil, por tratarse de una usurpación del nombre, por lo que correspondía excluirlo. **2.-** Que, la Sala no ha tenido en cuenta que únicamente la demandada ha reconocido a su hija, conforme lo manifiesta en su contestación de la demanda y en la Audiencia de Pruebas, correspondiendo que se aplicarán los arts. 21 y 392 del Código Civil que establecen que si uno de los progenitores reconoce separadamente a su hijo, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera procreado el hijo, resultando que cualquier indicación en ese sentido se tendrá por no puesta.

I.- RESOLUCIÓN EXPEDIDA POR LA PRIMERA SALA MIXTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANCASH: A fs. 144 a 145, obra la sentencia de vista que confirmó la apelada que declaró infundada la demanda de exclusión de nombres

y apellidos interpuesta por el accionante contra Eulalia de la Cruz Bazán, considerando que la Alcaldesa del distrito de San Cristóbal de Raján, al rendir su declaración testimonial manifestó que la madre del actor le pidió no asentar el apellido de su hijo en la Partida de Nacimiento de la niña Soledad Valentina Mariano de la Cruz, prueba que resulta suficiente para justificar el motivo por el cual la demandada consignó el nombre del actor en la partida de nacimiento, sin que este hecho signifique propiamente el reconocimiento de dicha menor.

II. PUNTOS CONTROVERTIDOS: En el caso de autos, conforme a lo solicitado, corresponde evaluar la inaplicación de los arts. 21°, 28° y 392° del Código Civil.

III.- ANÁLISIS Y ESTUDIO DE LOS ACTUADOS: Del estudio y análisis de los actuados y de la legislación sobre la materia, se ha llegado a determinar: **1.-** Que, el Recurso de Casación procede siempre que no se haya consentido previamente la resolución objeto del recurso, que se apoye en las causales descritas en el art. 386 del C.P.C.; y que se haya expresado con claridad y precisión cuál debe ser la norma de derecho material aplicable al caso, conforme a lo dispuesto en el punto 2.2 del numeral 2 del art. 388° del Código acotado, habiendo cumplido el recurrente con las mencionadas exigencias. **2.-** Que, la inaplicación de una norma de derecho material, supone la existencia de una norma jurídica que regula la situación de hecho establecida en la sentencia pero que no ha sido aplicada por el Juez para resolver la causa. **3.-** Que, el art. 21 del Código Civil establece que al hijo extramatrimonial le corresponden los dos apellidos del progenitor que lo haya reconocido; y si es reconocido por ambos, lleva el primer apellido de los dos, el presente dispositivo debe concordarse con el art. 392 del Código acotado el cual establece que: cuando el padre o la madre hiciera el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo; toda indicación al respecto se tiene por no puesta. **4.-** Que, en el caso de autos, conforme se aprecia de la Partida de Nacimiento obrante a fs. 3, la demandada Eulalia de la Cruz Bazán inscribió y reconoció a su hija Soledad Valentina Mariano de la Cruz, anotando el nombre del demandante como su padre, a pesar que éste no participó en el acto de reconocimiento, contrariamente a lo expresamente señalado en los arts. 21 y 392 del Código Civil que regulan precisamente lo relativo a los apellidos que le corresponden al hijo extramatrimonial reconocido por uno de los padres, lo que significa que la Sala no aplicó dichas normas de derecho material que regulaban la situación de hecho específica, resultando procedente en este extremo el presente Recurso de Casación. **5.-** Que, la usurpación de nombre a que se refiere el art. 28 del Código Sustantivo, implica el uso por una persona de un nombre que no le corresponde, y en el presente caso, el hecho que se haya consignado el nombre del accionante como padre de la niña Soledad Valentina Mariano de la Cruz no significa que ésta haya utilizado o usurpado el nombre del actor como suyo, pues en todo caso estaría utilizando únicamente el apellido, de donde se colige que en el presente caso no se ha dado la figura de la usurpación de nombre, razón por la que debe desestimarse en este extremo el Recurso de Casación. Por las consideraciones antes expuestas, la Fiscalía Suprema en lo Civil, estando a las facultades previstas en el numeral 6 del art. 159 de la Constitución Política del Estado y en el art. 85 del Decreto Legislativo N° 052, es de opinión que se declare **INFUNDADO** el Recurso de Casación, interpuesto por don Carlos Armando Mariano Dueñas, a fs. 150A a 156, en el extremo de la inaplicación del art. 28 del Código Civil, y **FUNDADO** respecto a la inaplicación de los arts. 21 y 392 del Código Civil, en los seguidos por el accionante contra Eulalia de la Cruz Bazán, sobre Exclusión de Nombres.

NOTA: El suscrito se encuentra a cargo del Despacho por licencia concedida al Fiscal Supremo Provisional, doctor Héctor Lama Martínez.

Lima, 21 de mayo de 2001.

AVELINO GUILLÉN JÁUREGUI,
Fiscal Supremo en lo Civil, Encargado del Despacho.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa N° 3802, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del Recurso de Casación interpuesto por don Carlos Armando Mariano Dueñas, contra la sentencia de vista de fs. 144, su fecha 30 de setiembre de 1999, expedida por la Primera Sala Mixta de Ancash, que confirmando la apelada de fs. 96, su fecha 31 de mayo de ese mismo año, declara infundada la demanda de exclusión de nombre interpuesta a fs. 4 por don Carlos Armando Mariano Dueñas; con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: La Sala mediante resolución suprema de fecha 1° de febrero del año 2001 ha estimado procedente el Recurso de Casación por la causal de inaplicación de los arts. 21, 28 y 322 del Código Civil, al sostenerse que al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido, asimismo se alega que la acción de exclusión de nombre no solamente procede de manera directa en el caso que existe apoderamiento del nombre del otro, sino también de manera indirecta cuando se usa el nombre ajeno para consignarlo en documento o para atribuirle una manifestación de voluntad no declarada; ello es justamente lo que se habría producido en el presente caso puesto que no ha existido acto de reconocimiento o resolución judicial que autorice a la madre a revelar el nombre del demandante como padre de la menor, teniéndose en cuenta además que conforme al acotado art. 392 del Código Civil toda indicación al respecto se tiene por no puesta.

CONSIDERANDO: Primero.- Que, en el caso sub materia, en la partida de nacimiento de la menor Soledad Valentina Mariano de la Cruz se ha consignado como padre al demandante Carlos Mariano Dueñas, atribuyéndole además el apellido paterno de éste. **Segundo.-** Que, al respecto, el art. 387 del Código Civil establece que la filiación extramatrimonial solamente puede ser probada mediante acto de reconocimiento o por sentencia judicial que declare la filiación; lo cual en el presente caso no se ha producido por cuanto el demandante Carlos Mariano Dueñas no ha reconocido a la menor ni ha sido declarado judicialmente como su padre; de ahí que no resultaba factible que el registrador consignara el nombre del actor como padre de la menor, tanto más cuando el art. 392 del Código Civil dispone que cuando el padre o la madre hicieran el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, toda indicación al respecto se tiene por no puesta. **Tercero.-** Que, en ese sentido, resulta aplicable lo dispuesto en el acotado art. 392 del Código Civil, norma que debe ser concordada con lo dispuesto en el art. 28 del mismo Código, toda vez que indirectamente se está afectando el nombre del recurrente al consignarse en la partida de nacimiento como padre de la menor, consecuentemente, debe excluirse el nombre del demandante en la parte de la partida de nacimiento que figura como padre de la menor; lo cual no impide que la parte afectada interponga las acciones

legales pertinentes para declarar su filiación. **Cuarto.-** Que, de otro lado, en cuanto a la inaplicación del art. 21 del Código Civil, si bien es verdad que la norma acotada dispone que al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido, también lo es que debe velarse por el interés del menor, debiéndose proteger sus derechos de identidad y al nombre, razón por la que no resulta amparable el pedido de excluir el apellido paterno del nombre de la menor, máxime cuando el citado apellido no es un atributo particular del actor porque pueden coexistir apellidos homónimos. **Quinto.-** Que, en consecuencia, solamente se ha incurrido en la causal de inaplicación de los arts. 392 y 28 del Código Civil, debiéndose por lo tanto amparar el Recurso de Casación y resolver el fondo del asunto, declarando fundada en parte la demanda de exclusión de nombre a fin que se excluya el nombre del demandante en la parte que en la partida de nacimiento figura como padre de la menor, por las razones expuestas; de conformidad con el Dictamen Fiscal Adjunto Supremo en lo civil; y en virtud de lo preceptuado en el inciso 1º del art. 396 del C.P.C.: declararon **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por Carlos Armando Mariano Dueñas; en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fs. 144, su fecha 30 de setiembre de 1999; y actuando como sede de instancia, **REVOCARON** la apelada de fs. 96, su fecha 31 de mayo de 1999, que declara infundada la demanda de exclusión de nombre de fs. 4; y **REFORMÁNDOLA**, declararon **FUNDADA** en parte dicha demanda interpuesta por don Carlos Armando Mariano Dueñas, en consecuencia **ORDENARON** que se excluya de la partida de nacimiento de la menor Soledad Valentina Mariano de la Cruz, inscrita en la Municipalidad Distrital de San Cristóbal de Raján, el extremo en el que se consigna el nombre del demandante como padre de la menor, sin costas ni costos por haber existido razones atendibles para litigar en ambas partes; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano; en los seguidos por don Carlos Armando Mariano Dueñas contra doña Eulalia de la Cruz Bazán, sobre Exclusión de Nombre, y los devolvieron

SS. ECHEVARRÍA A.; CELIS; LAZARTE H.; ZUBIATE R.; QUINTANILLA Q.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN PARA NEGAR EL RECONOCIMIENTO

La actora carece de falta de legitimidad para obrar por haber sido desheredada en el testamento protocolizado de su padre, que tiene plena validez por no haberse anulado mediante resolución judicial, por consiguiente estando desheredada no tiene legitimidad para obrar válidamente y accionar las pretensiones demandadas, la misma que ha caducado porque tratándose de la nulidad de un reconocimiento de hijo, se ha interpuesto la acción fuera del plazo previsto.

CAS. N° 564-01-CANCHIS-SICUANI

Lima, 4 de julio de 2001

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República; vista la causa N° 564-2001, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación de fojas 175, interpuesto por don Jesús Cárdenas Huayllaro en su condición de apoderado de la demandante doña Alicia Flores Palza, contra el auto de vista de fojas 142, su fecha 13 de junio del año próximo pasado, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Canchis-Sicuani, que revocando el auto apelado de Primera Instancia que en copia corre a fojas 127, fechado el 31 de marzo del mismo año, declara Fundadas las excepciones de Falta de Legitimidad para Obrar y Caducidad deducidas por la demandada doña Janeth Neysa Florez Alvarez, en la demanda interpuesta sobre Nulidad de Reconocimiento de Hija y Falsedad de Filiación.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Por resolución de esta Sala del 26 de marzo último, se declaró procedente dicho recurso, por la causal prevista en el inc. 2° del 386 del C.P.C., esto es, la inaplicación del Art. 749 del Código Civil, al sostener la Sala Civil que al haber sido desheredada la demandante en forma expresa en el testamento otorgado por su padre, y no haber sido anulado el mismo mediante resolución judicial, carece de Legitimidad para interponer la presente acción.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, conforme aparece de los términos de la demanda cuya copia corre a fojas 111, don Jesús Cárdenas Huayllaro, en representación de doña Alicia Flores Palza, demanda a doña Janeth Neysa Flores Alvarez, a las sucesiones de los fallecidos Grimaldo Flores Medina y Ondina Alvarez Flores, y a don Tiburcio Curo Huamán, la Nulidad de Reconocimiento de Hija y Falsedad de Filiación realizada por don Grimaldo Flores Medina, en el Testamento Cerrado protocolizado de fecha 30 de abril de 1998.

Segundo.- Que, doña Janeth Neysa Flores Alvarez, absolviendo el traslado de la demanda dedujo las excepciones de Falta de Legitimidad para obrar de la demandante,

Caducidad y Cosa Juzgada, bajo los términos que aparecen en su escrito cuya copia corre a fojas 72, medio de defensa que el Juez de Primera Instancia ha desestimando con su resolución de fojas 127, estableciendo con relación a la Falta de Legitimidad para Obrar de la demandante, que la actora tiene legitimidad para accionar porque la desheredación sólo puede surtir efectos patrimoniales con relación a la legítima, diferente a la materia demandada que es la nulidad del acto jurídico contenido en el testamento, por lo que tiene interés para recurrir al órgano jurisdiccional independiente del derecho que le asiste que sólo puede resolverse en sentencia; respecto a la Excepción de Caducidad, considera que las pretensiones no están sujetas a plazos de caducidad fijados por ley; y, finalmente en lo atinente a la Excepción de Cosa Juzgada, la desestima al considerar que no se cumple con los requisitos de triple identidad para amparar dicho medio de defensa.

Tercero.- Que, la Sala Civil absolviendo el grado mediante resolución de fojas 142, ha revocado el auto apelado respecto de las Excepciones de Falta de Legitimidad para Obrar y Caducidad, y, reformándolas las ha declarado Fundadas, confirmando el extremo referido a la Excepción de Cosa Juzgada, bajo el sustento, que la actora carece de falta de legitimidad para obrar por haber sido desheredada en el testamento protocolizado de su padre, que tiene plena validez por no haberse anulado mediante resolución judicial, por consiguiente estando desheredada no tiene legitimidad para obrar válidamente y accionar las pretensiones demandadas; y, que la demanda ha caducado porque tratándose de la nulidad de un reconocimiento, se ha interpuesto la acción fuera del plazo previsto en el Art. 400 del Código Civil.

Cuarto.- Que, la competencia de este Supremo Tribunal está restringida a la causal por la que se ha declarado procedente el Recurso de Casación, esto es, por la inaplicación del Art. 749 del Código Civil, con motivo de resolverse la Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar de la demandante, toda vez, que el otro extremo del recurso referido a la Excepción de Caducidad, ha sido desestimado por no haberse fundamentado con los requisitos previstos en la ley de la materia ocurrió que se alegó la aplicación indebida e interpretación errónea del Art. 400 del Código Civil, lo que se determinó que resultaba contradictorio y por tanto excluyente, por lo que, con relación a ésta última excepción ha quedado firme la resolución de la Sala Civil.

Quinto.- Que, la excepción de falta de legitimidad para obrar nació en Roma con el nombre “Legitimatio ad Causam”; señalando Alsina que: “La acción debe ser intentada por el titular del derecho y contra la persona obligada”; al respecto, Zavaleta Carruitero, Wilvelder, en su Código Procesal Civil, Primera Edición, Tomo I, página 600, glosa como ejemplos de titularidad de la acción los siguientes: un comprador demuestra su titularidad con su escritura de compraventa con la cual puede ejercer todas las acciones que franquea la ley; el arrendador lo hará apoyado en su contrato de arrendamiento; el tenedor de una letra está habilitado para demandar; agregando que la titularidad de la acción aparece asimismo en el Derecho sucesorio, en el Derecho Familiar, etcétera; que a mayor ilustración señala que también la ley concede derechos y por tanto los llamados son sus titulares, v.gr. el Art. 275 del Código Civil concede la titularidad de la acción de nulidad de matrimonio a cualquier persona que tenga interés; el Art. 1219 del Código Civil autoriza al acreedor a reemplazar en sus derechos a su deudor, sin autorización, mediante la acción pauliana o revocatoria y mediante la acción subrogatoria; el Art. 82 concede la titularidad del derecho al patrocinador de los intereses difusos; la falta de legitimidad para obrar en el demandante o demandado es un presupuesto procesal que

garantiza la existencia de una relación jurídica procesal válida, y está reglamentada en el Art. VI del Título Preliminar del Código Civil que prescribe que para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico y moral, agregando que el interés sólo se presenta cuando la persona es titular del derecho; indicando en conclusión que carecerá de legitimidad para obrar quien no sea titular de un derecho, a quien podrá oponerse con éxito la excepción aludida.

Sexto.- Que, comentando el Art. 749 del Código Civil, el autor Augusto Ferrero en su “Derecho de Sucesiones en el Nuevo Código Civil Peruano”, Lima 1987, página 199, señala: “...La Desheredación no se extiende a los siguientes conceptos: I) Las donaciones, o sea los anticipos de legítima, si no lo declara expresamente el testador...; II) Los legados...; III) Los alimentos a que obliga la Ley...; IV) Otros derechos que corresponden al Heredero; El legislador conforme lo explica en la Exposición de Motivos consagra en este enunciado lo expuesto por la Resolución Suprema del 8 de julio de 1954 que declaró que el desheredado no pierde el derecho de representar al causante en otra herencia”.

Sétimo.- Que, por lo glosado, independientemente de que el recurso de casación merezca declararse fundado por inaplicación del Art. 749 del Código Civil ha ocurrido la sustracción de la materia, en razón a que la excepción de caducidad fue amparada en la resolución de vista recurrida, y al tratarse de una de carácter perentoria, trajo como consecuencia en aplicación por la Sala de mérito del artículo 451 inc. 5° del C.P.C., la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso de lo que se desprende que no es posible modificar lo ya resuelto jurisdiccionalmente a través del recurso de casación sobre el que recae la presente Resolución; que, siendo ello así, en aplicación del Art. 397 del glosado Código: Declararon **INFUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por Alicia Flores Palza a fojas 175 contra la resolución de vista de fojas 142, su fecha 13 de junio del año próximo pasado, en los seguidos por Alicia Flores Palza y otra con Janeth Neysa Flores Alvarez, sobre Nulidad de Reconocimiento de Hija y otro; **CONDENARON** a la recurrente al pago de la multa de 01 URP, así como a las costas y costos originados en la tramitación del recurso; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano; bajo responsabilidad, y los devolvieron.

SS. ECHEVARRÍA; CELIS; LAZARTE; ZUBIATE; QUINTANILLA.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: USO DE FACULTAD INQUISITIVA POR EL JUEZ

La demanda de declaración de filiación extramatrimonial importa un pedido de investigación judicial de la paternidad, por la dificultad de la prueba, derivada del carácter oculto en que comúnmente se desarrollan las relaciones sexuales extramatrimoniales, por lo que el juez debe hacer uso, cuando corresponda, de su facultad inquisitiva por los superiores intereses del niño.

CAS. N° 720-97-LIMA

Lima, 3 de diciembre de 1998

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia; en la causa vista en audiencia pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por doña Jesús Wanda Valdiviezo Rivera de Dienstkoch, contra la sentencia de vista de fojas 307, su fecha 17 de enero de 1997, que declara nula la apelada de fojas 209, de fecha 13 de mayo de 1996, y ordena que el Juez, renovando el acto procesal afectado expida nueva sentencia.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Por resolución de esta Sala Suprema, del 8 de setiembre de 1997, se declaró procedente el recurso por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso, sustentada en la alegación de que se ha declarado una nulidad no prevista como causal y violado el principio de la preclusión procesal.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, la declaración de nulidad procesal, significa invalidar lo hecho y retrocede el proceso al estado en que se cometió el vicio que se debe corregir, por lo que constituye un retroceso en el proceso y una negación de este, por eso, la declaración de nulidad sólo procede cuando surge de la ley, como dispone el artículo 171 del C.P.C., que establece un principio de legalidad, y se restringe su utilización por aplicación de los principios de convalidación, trascendencia, interés, etc.

Segundo.- Que, el principio de preclusión alude a la división del proceso en una serie de etapas, en las cuales se reparte el ejercicio de la actividad de las partes, de tal manera que a determinados actos debe corresponder determinada etapa, fuera de la cual no puede ser ejercido, siendo las partes responsables de las consecuencias jurídico procesales de no haber ejercido los actos correspondientes a la etapa preclusa lo que si bien constituye una limitación es beneficiosa pues redundará en un proceso ordenado, claro y rápido.

Tercero.- Que, la demanda de declaración de filiación extramatrimonial, importa un pedido de investigación judicial de la paternidad, por todas las razones que señala la doctrina, como la dificultad de la prueba, derivada del carácter oculto en que comúnmente se desarrollan las relaciones sexuales extramatrimoniales, por lo que el Juez por los superiores intereses del niño como se señala en los fundamentos del dictamen

fiscal, debe hacer uso, cuando corresponda, de su facultad inquisitiva como dispone el artículo 194 del Código Adjetivo.

Cuarto.- Que, la preclusión está vinculada a la auto responsabilidad de las partes, por lo antes expresado, pero no limita en este caso la facultad discrecional del Juzgador de mérito para disponer la renovación de un acto procesal, tanto si el recurso de apelación importa el de nulidad, como establecen los artículos 356, segunda parte, y 382 del C.P.C.

Quinto.- Que, en el caso de autos, si bien ya precluyó la etapa probatoria, entendida como el tiempo que tienen las partes para solicitarlas y actuarlas, nada impide que el Juzgador disponga que se actúen las pruebas ofrecidas oportunamente y admitidas, pues en este caso, el logro de los fines del proceso prima sobre otras consideraciones.

SENTENCIA:

Por las consideraciones anteriores, en conformidad con el Dictamen Fiscal; declararon **INFUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por doña Jesús Wanda Valdiviezo Rivera de Dienstkoch, y en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas 307, su fecha 17 de enero de 1997, **CONDENARON** a la recurrente al pago de la multa de 2 URP, así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; en los seguidos con doña Lucy Teresa Mantilla Bossio, sobre filiación extramatrimonial; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. PANTOJA; IBERICO; ORTIZ; SÁNCHEZ PALACIOS.

EL VOTO EN DISCREPANCIA DEL SEÑOR CASTILLO LA ROSA, es como sigue: CONSIDERANDO: 1º) Que el artículo 194 del C.P.C., faculta al Juez ordenar la actuación de una prueba de oficio, cuando lo juzgue conveniente para formar convicción sobre la realidad de los hechos en que se funda la demanda, mas esa facultad no le permite sustituirse a la parte en su obligación de acreditar los hechos alegados, debiendo remarcarse que esa atribución no es imperativa, sino absolutamente opcional y la usará cuando de acuerdo a su criterio y real saber y entender, requiere esa prueba para formar convicción propia; **2º)** Que siendo esto así, no es admisible dentro del procedimiento correcto, que el juez actúe una prueba cuando es el colegiado el que requiere para formar su convicción, anular por esta razón la sentencia que expidió aquel y ordenar que actúe más pruebas, sin indicar al menos cuáles serían esas pruebas; **3º)** Que de acuerdo con el régimen establecido en nuestro Código Civil, la indagación judicial de la paternidad sólo es posible en los casos previstos en el artículo 402 del Código Civil, entre los que no está, desde luego, el haber mantenido relaciones sexuales esporádicas, este régimen restrictivo a diferencia de otras legislaciones es el establecido en nuestro Código, cuyo ratio legis está en dar seguridad de otorgar la paternidad, a quien precisamente le corresponda; y evitar que por ese medio se establezca un vínculo paterno filial, incierto o motivado por intereses bastardos; **4º)** Que en el caso de autos se funda la declaración de paternidad en el concubinato y las pruebas a cargo del actor deben concurrir a demostrar tal hecho, y con mayor rigorismo cuando se esperó para accionar que el presunto progenitor, haya fallecido y cuando asentada la partida de nacimiento del menor Oswald Dienstkoch hace el reconocimiento de hijo sólo la madre y no el presunto padre; **5º)** Que el sistema de nuestro procedimiento civil,

no es el inquisitivo; y constituyendo la finalidad concreta del proceso dar solución a los conflictos o eliminar incertidumbre de relevancia jurídica que se cumple sentenciando a favor o en contra de la demanda y el interés elevado del niño, no se compadece con atribuirle una paternidad incierta o inexistente, afectando el debido proceso; Que, en consecuencia la sentencia impugnada que anula la expedida por el Juez, por no haber actuado pruebas de oficio que él no requería para la formación de su criterio, afecta evidentemente el debido proceso, desde que si es que el colegiado lo requiere para formar convicción, le corresponde actuarla a la propia Sala, y fecho pronunciarse sobre la materia controvertida; por las consideraciones precedentes **MI VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por doña Jesús Wanda Valdiviezo Rivera de Dienstkoch; en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fojas 307, su fecha 17 de enero de 1997, y **ORDENARON** que la Sala expida nuevo fallo con arreglo a ley.

S. CASTILLO L.R.S.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: ALIMENTOS DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL

La obligación de prestar alimentos al hijo extramatrimonial no reconocido no deriva de la certeza de la paternidad, sino de la existencia de presunciones respecto al hecho de las relaciones sexuales en la época de la concepción, debiendo acreditarse que la madre del alimentista mantuvo relaciones sexuales durante la época de la concepción con el presunto padre, por lo que dicha declaración judicial no genera vínculo paterno filial alguno, pues establece únicamente un derecho alimentario a favor del probable hijo.

CAS. N° 2726-2002-AREQUIPA

ALIMENTOS

Lima, dos de junio de dos mil tres

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa dos mil setecientos veintiséis - dos mil dos; en audiencia pública el día de la fecha, y producida la votación con arreglo a Ley emite la siguiente sentencia;

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del Recurso de Casación interpuesto por Dominga Chura Parí, contra la sentencia de vista de fojas ciento veintisiete, su fecha dos de julio de dos mil dos, que revoca la apelada que declara fundada la demanda de alimentos y reformándola declara infundada la demanda;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Que, por Resolución de esta Sala Suprema, del dieciocho de septiembre de dos mil dos, se declaró procedente el recurso por la causal de interpretación errónea de los arts. cuatrocientos dos y cuatrocientos quince del Código Civil, describiendo que el inciso primero del art. cuatrocientos dos del acotado señala que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada, cuando exista escrito indubitado del padre que la admita, este proceso es uno de alimentos y no de paternidad; Siendo así, es de aplicación lo dispuesto por el art. cuatrocientos quince del Código sustantivo, modificado por la ley veintisiete mil cuarentiocho, que señala que fuera de los casos del Art. cuatrocientos dos del Código material, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar alimentos del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción; Refiere que el error interpretativo de la norma es evidente, puesto que no se requiere acreditar las relaciones sexuales por cuanto como aparece de la fotografía de autos, una dedicatoria del demandado, a su menor hija; donde expresamente señala que la menor alimentista es su hija; en consecuencia existe escrito indubitado del padre que la admite, satisfaciéndose así el requisito del inciso primero del Art. cuatrocientos dos del Código Civil, además debe tenerse presente que dicho medio probatorio no ha sido tachado con arreglo a ley, surtiendo además plenos efectos con el reconocimiento legal de dicha fotografía y dedicatoria de puño y letra, por no haber asistido a la diligencia de la audiencia de pruebas, conforme lo señala el Art. doscientos cuarentiséis del Código Procesal Civil, produciendo plena convicción; Por lo que existe una interpretación errónea de los arts. cuatrocientos dos y cuatrocientos quince del Código material;

CONSIDERANDO: Primero.- Que, el art. cuatrocientos dos del Código sustantivo señala que: la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: a) Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita; b) 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; c) Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales; d) En los casos de violación, raptó o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincide con la de la concepción; e) En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable; f) 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 Art. cuatrocientos quince del Código Civil. 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 desestimarás 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; Asimismo, el art. cuatrocientos quince del Código sustantivo relieves que: Fuera de los casos del art. cuatrocientos dos del acotado, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si éstas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este art.;

Segundo.- Que, el instituto jurídico de los alimentos puede conceptuarse como “el deber impuesto jurídicamente a una persona para asegurar la subsistencia de otra persona” (Louis Josserrand Derecho Civil; Tomo I; Volumen II; citado por Benjamín Aguilar Llanos; Instituto Jurídico de los Alimentos; Editorial Cuzco; Lima - Perú; mil novecientos noventa y ocho; Página dieciocho); Asimismo, doctrinariamente, para que se configure los alimentos deben constituirse los siguientes elementos: a) el estado de necesidad del acreedor alimentario; b) la posibilidad económica de quien debe prestarlo; c) norma legal que señale la obligación alimentaria;

Tercero.- Que, siendo ello así, la obligación de prestar alimentos al hijo extramatrimonial no reconocido no deriva de la certeza de la paternidad, conforme se desprende del art. cuatrocientos quince del Código Civil, sino de la existencia de presunciones respecto al hecho de las relaciones sexuales en la época de la concepción, esto es, la declaración de hijos alimentistas tal como lo prevé el art. cuatrocientos quince del Código sustantivo requiere se acredite que la madre del alimentista haya mantenido relaciones sexuales durante la época de la concepción con el presunto padre; que dicha declaración judicial no genera vínculo paterno filial alguno estableciendo únicamente un derecho alimentario a favor del probable hijo;

Cuarto.- Que, la demanda de declaración de filiación extramatrimonial, importa si un pedido de investigación judicial de la paternidad, por todas las razones que señala la doctrina, como la dificultad de la prueba, derivada del carácter oculto en

que comúnmente se desarrollan las relaciones sexuales extramatrimoniales, por lo que el Juez por los superiores intereses del niño, puede hacer uso de su facultad inquisitiva como dispone el Art. ciento noventa y cuatro del Código Adjetivo; **Quinto.-** Que, si bien es cierto que, con la modificación del art. cuatrocientos quince del Código Civil, actualmente se puede solicitar, dentro de un proceso de alimentos, la actuación de una prueba científica de determinación de la paternidad; también lo es que, si esta prueba científica no se realiza, no se tendría por qué alterar el instituto jurídico de alimentos y los elementos que lo constituyen; Además, conforme han descrito los magistrados, si bien es cierto que el propio demandado, hizo referencia específica a la prueba científica del ADN en su contestación de la demanda, estaría, implícitamente, reconociendo que mantuvo relaciones sexuales con la actora, durante la época de la concepción, puesto que sino, no tendría objeto la realización de una prueba científica de tal envergadura; **Sexto.-** Que, siendo esto así, los magistrados de mérito han interpretado erróneamente las normas denunciadas y desnaturalizado el proceso, puesto que lo han resuelto como si se tratara de un proceso de filiación, en la que debe acreditarse, claramente, el vínculo entre los sujetos intervinientes, cuando en realidad se trata de un proceso de alimentos, cuyos requisitos son mucho más flexibles al de filiación, por tratarse, los alimentos, de una institución de protección preventiva a favor del menor; **Sétimo.-** Que, además, debe tenerse presente que, jurídicamente, conforme lo han dejado sentado los magistrados de mérito, se han acreditado las necesidades del alimentista, las posibilidades económicas del obligado y la norma legal que lo prevé; Abundando a ello el que la propia Sala Revisora haya señalado que la fotografía entregada por el emplazado, a la menor, en donde se le reconoce un estatus distinto, al del hijo alimentista, lo que constituye un indicio de que ha existido una relación entre el emplazado y la progenitora del menor; **Octavo:** Que, a mayor abundamiento, la Sala de mérito no ha tenido en cuenta que el derecho alimentario es el más elemental e importante de los derechos del menor, puesto que con el ejercicio de este lo que se cautela es la propia existencia del menor, al amparo del numeral noveno del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, que recoge el principio y respeto al Interés Superior del Niño; por las consideraciones anteriores, en conformidad con el Dictamen Fiscal; declararon **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto a fojas ciento treinticuatro, y en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento veintisiete, su fecha veintitrés de julio de dos mil dos, y **ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA: CONFIRMARON** la sentencia apelada, de fojas setenticuatro, su fecha veintisiete de febrero de dos mil dos, que declara **FUNDADA** en parte la demanda, debiendo, el demandado, pasar, a favor del menor, una pensión de alimentos ascendente a la suma de ciento cincuenta nuevos soles; sin costas ni costos; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano; en los seguidos por Dominga Chura Pari con Wilmer Gregorio Cárdenas Quintana, sobre Alimentos; y los devolvieron.

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZÉN; MENDOZA RAMÍREZ; AGUAYO DEL ROSARIO; LAZARTE HUACO; PACHAS ÁVALOS C.



FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: POSESIÓN DEL ESTADO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL

Se comprueba la posesión constante de estado de hijo extramatrimonial, ya que el supuesto de hecho se evidencia con las tarjetas y fotografías que la demandante ha ofrecido como actos directos realizados por la familia para tratar al menor como hijo, demostrándose ello con su asistencia a las reuniones familiares.

CAS. N° 623-2001-CAJAMARCA

Lima, 29 de octubre de 2001

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, vista la causa en Audiencia Pública en la fecha, con el acompañado y el dictamen del Señor Fiscal Supremo, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por don José Rafael Cieza Yáñez, en representación de doña María Teófila Abanto Garrido contra la resolución de vista de fojas 375, su fecha 30 de enero de 2001, que confirmando la sentencia apelada de fojas 305, su fecha 23 de octubre de 2000, declara fundada la demanda de filiación extramatrimonial de fojas 15, con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Concedido el Recurso de Casación a fojas 390, fue declarado procedente por las causales contenidas en los incisos 1° y 3° del artículo 386 del C.P.C: **a)** por la aplicación indebida del Inc. 2° del Art. 402 del Código Civil, refiriendo que tal norma tiene como presupuesto que la menor de edad se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda en la posesión constante de hija extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia, asimismo, la menor nació cuando el padre ya había fallecido, quedando desvirtuados los actos del padre; además, la demanda fue interpuesta en marzo de 1997, y en cuanto a los actos de familia, el Juzgador consideró insuficientes las pruebas aportadas para amparar la demanda, las que a su vez, tratan de hechos aislados producidos con mucha antelación a la demanda hasta el año 1991; y **b)** por la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, alegando que se han inobservado normas de orden público, ya que al realizarse los hechos estaba vigente el texto original del artículo 402 del Código Sustantivo, según el cual no existía premio legal respecto a la negativa reiterada para la práctica de la pericia del ADN (Ácido Desoxirribonucleico), por lo que al aplicarse la segunda parte del primer párrafo del Inc. 6° del numeral 402 del Código antes mencionado, según modificación introducida por la Ley 27048, se ha inobservado el dispositivo legal que prohíbe la aplicación de una norma en forma retroactiva.

CONSIDERANDOS:

Primero.- En primer lugar, corresponde evaluar la causal relativa a la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso, ya que de declararse fundada, sería innecesario pronunciarse sobre la otra causal denunciada.

Segundo.- Conforme se aprecia de la resolución recurrida, ésta no ha aplicado la segunda parte del primer párrafo del Inc. 6° del Art. 402 del Código Civil, sino que ha aplicado lo dispuesto en el Art. 282 del C.P.C, evaluando la conducta procesal de las partes en el proceso, por lo tanto, la causal alegada no tiene una base real, debiendo ser desestimada.

Tercero.- En cuanto a la aplicación indebida del Inc. 2° del Art. 402 del Código Sustantivo, la denuncia de aplicación indebida implica referir que el supuesto contenido en la norma de derecho material no resulta aplicable a los de autos; en este caso concreto, conforme se advierte de la demanda la demandante ha alegado el hecho que la demandada tenía conocimiento de las relaciones sentimentales de su hijo con la demandante, por lo que la demandante y su menor hija siempre asistían a las reuniones familiares, refiriendo al respecto la celebración del primer año por el nacimiento de la menor, alegando la posesión constante de estado de hija extramatrimonial, además en la resolución recurrida se ha considerado que resulta de aplicación lo dispuesto en el Inc. 2° del Art. 402 de la norma sustantiva acotada, pues el supuesto de hecho se evidencia con las tarjetas y fotografías que la demandante ha ofrecido, razonamiento que el Colegiado fortalece al analizar la conducta procesal de la demandada.

Cuarto.- La afirmación señalada por la recurrente, refiriendo que el Juzgador consideró insuficientes las pruebas aportadas para amparar la demanda, ello se desprende del considerando cuarto de la sentencia apelada de fojas 310, sin embargo tal hecho comprendido en su contexto, hace referencia a la situación existente antes de disponerse la actuación de oficio de la prueba del ADN, de manera que no corresponde, la conclusión a la cual arriba la sentencia apelada; de manera que, del análisis del supuesto de hecho señalado por la demandante en el texto de su demanda y el que ha sido declarado por el Juzgador, corresponden al supuesto establecido en el Inc. 2° del Art. 402 del Código Civil; a lo que se debe añadir el cumplimiento de los elementos contenidos en tal supuesto, entre ellos el período de posesión de estado, hasta un año antes de la demanda, han sido dados por satisfechos por el Juzgador al analizar los medios probatorios actuados en el proceso y apreciar la conducción procesal de la demandada a lo largo del proceso, por lo que en todo caso este Supremo Tribunal no podría reexaminar los medios probatorios actuados en su momento, puesto que el Recurso de Casación se limita al cuestiones de iure, en el presente caso, analizar la correspondencia entre los hechos alegados por la demandante y el supuesto de hecho que ha aplicado el Juzgador; por lo que esta denuncia debe ser desestimada.

SENTENCIA:

Por las consideraciones expuestas, de conformidad en parte con el Dictamen Fiscal y según lo establecido en los artículos 397, 398 y 399 del código formal; declararon **INFUNDADO** el Recurso de Casación de fojas 381 interpuesto por don José Rafael Ceiza Yáñez, en representación de doña María Teófila Abanto Garrido, en consecuencia **NO CASAR** la resolución de vista de fojas 375, su fecha 30 de enero de 2001, **CONDENARON** a la parte recurrente al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso, así como de la multa de 02 URP; en los seguidos por doña Carmen Graciela Muñoz Muñoz, sobre declaración de filiación extramatrimonial; **DISPUSIERON** la publicación de esta resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. VÁSQUEZ; CARRIÓN; TORRES; INFANTES; CÁCERES.



FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: NEGATIVA A SOMETERSE A PRUEBA DE ADN

Tiene contenido procesal y es de carácter sustantivo la norma que permite al juez evaluar la negativa de someterse a la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, así como las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado, luego de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento por segunda vez, cuya consecuencia es declarar la paternidad o al hijo como alimentista.

CAS. N° 1576-2001-PUNO (El Peruano, 02/02/2002)

RECURSO DE CASACIÓN. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.

SALA CIVIL TRANSITORIA .

Sr. Presidente: Viene para la Opinión Fiscal, el Recurso de Casación interpuesto a fs. 281 a 287, por don Juan Hugo Zamata Aguirre, contra la sentencia de vista de fs. 269 a 270, de fecha 2 de abril de 2001, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, que confirmó la sentencia apelada de fs. 239 a 243, su fecha 30 de enero de 2001, que declaró Fundada la demanda, en los seguidos por doña Rosario Yolanda Castro Luján, contra don Juan Hugo Zamata Aguirre, sobre Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial. La Sala de su Presidencia, mediante resolución de fecha 13 de julio de 2001, ha declarado Procedente el Recurso de Casación, por la causal prevista en el numeral 1) del art. 286 del C.P.C., esto es, la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.

I. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN: El recurrente en este sentido, fundamenta su Recurso de Casación de fs. 281 a 287, sosteniendo: 1.- Que, el Juzgado aplicó el numeral 6) del art. 402 del C.C. , referido a la prueba de ADN, a pesar que este numeral fue incorporado 6 meses después de iniciado el presente proceso y por ello no podía ser aplicado por mandato imperativo del 2º párrafo del art. 103 de la Constitución Política, que prohíbe expresamente la aplicación retroactiva de las leyes (salvo en materia penal).

II. RESOLUCIÓN EXPEDIDA POR LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO: A fs. 269 a 270, obra la sentencia de vista que confirmó la sentencia apelada que declaró Fundada la demanda de Filiación Extramatrimonial, por considerar que ha quedado acreditado que en la época de la concepción las partes del proceso trabajan en la misma institución y mantenían una relación de convivencia; agregando que el demandado ha adoptado una conducta renuente a la realización de la prueba pericial del Ácido Desoxirribonucleico, solicitando la nulidad de la resolución, no depositando el 50% del valor que le correspondía pagar, demostrando no tener la intención de someterse a dicha prueba, por lo que resultaba de aplicación lo dispuesto en el numeral 6) del art. 402 del C.C. para declarar judicialmente la filiación extramatrimonial.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS: En el caso de autos, conforme a lo solicitado, corresponde evaluar: a) La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.

IV. ANÁLISIS Y ESTUDIO DE LOS ACTUADOS: Del estudio y análisis de los actuados y de la legislación sobre la materia, se ha llegado a determinar: 1.- Que, el Recurso de Casación debe apoyarse en las causales descritas en el art. 386 del C.P.C., y, en el caso de autos, el recurrente invoca las causales de aplicación indebida de una norma de derecho material y contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, habiendo cumplido con la exigencia prevista en el punto 2.3 del numeral 2) del art. 388 del C.P.C., esto es, con señalar en qué ha consistido la afectación a su derecho al debido proceso. 2.- Que, existe contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales. 3.- Que, el accionante denuncia como contravención del debido proceso, la aplicación retroactiva del apremio legal ante la negativa de someterse a la prueba de ADN, contenido en el numeral 6) del art. 402 del Código Civil, el cual fue introducido en una modificación posterior a la fecha en la que ocurrieron los hechos y la interposición de la demanda. En este sentido cabe señalar que, mediante Ley N° 27048 publicada el 6 de enero de 1999 se agregó el numeral 6) al art. 402 del Código Civil, esto es, con posterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos que originan la presente demanda, conforme se aprecia a fs. 2 y 6. 4.- Que, en ese sentido es improcedente precisar que, la Sentencia de Vista de fs. 269 a 270, señala que “el demandado ha adoptado una conducta renuente a la realización de la prueba pericial del Ácido Desoxirribonucleico... demostrando no tener la intención de someterse a dicha prueba por consiguiente es de aplicación lo dispuesto en el inc. 6 del art. 402 del Código Civil; por lo que es procedente la declaración judicial de paternidad extramatrimonial”, de donde se advierte que se aplicó el apremio contenido en el numeral 6) del art. 402 del Código Civil como lo sostiene el recurrente, pues dicha norma fue aplicada retroactiva y expresamente en la Sentencia de Vista, lo que constituye una transgresión al Principio de la Temporalidad de la Norma que constituye una garantía al derecho a un debido proceso y contra lo expresamente dispuesto en la Constitución Política del Estado sobre aplicación retroactiva de las leyes, razón por la cual el presente Recurso de Casación debe ampararse. Por las consideraciones antes expuestas, la Fiscalía Suprema en lo Civil, estando a las facultades previstas en el numeral 6) del art. 159 de la Constitución Política del Estado y en el art. 85 del Decreto Legislativo N° 052, es de opinión que se declare **FUNDADO** el Recurso de Casación, interpuesto por don Juan Hugo Zamata Aguirre, a fs. 281 a 287, en los seguidos por doña Rosario Yolanda Castro Luján con don Juan Hugo Zamata Aguirre, sobre Filiación Extramatrimonial; por lo que propongo que la Sentencia de Vista de fs. 269 a 270 sea declarada **NULA**, debiendo el órgano jurisdiccional inferior expedir nuevo fallo de conformidad con lo dispuesto en el punto 2.1) del numeral 2) del art. 369 del C.P.C.. Lima 10 de setiembre de 2001.

HÉCTOR D. LAMA MARTÍNEZ. Fiscal Supremo (P), Fiscalía Suprema en lo Civil.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Lima, 9 de noviembre de 2001

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; Vista la causa N° 1576-2001, con los acompañados; en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia.

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por don Juan Hugo Zamata Aguirre, mediante escrito de fs. 281, contra la sentencia de vista emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, de fs. 269, su fecha 2 de abril de 2001, que confirmando la apelada declaró fundada la demanda de filiación extramatrimonial.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Que, concedido el Recurso de Casación a fs. 288, fue declarado procedente por resolución del 13 de julio de 2001, por la causal contemplada en el inc. 3 del art. 386 del C.P.C., sustentada en la contravención al debido proceso, porque la causal prevista en el art. 402 inc. 6 del Código Civil, no puede ser aplicable al presente caso por mandato imperativo del 2° párrafo del art. 103 de la Constitución Política del Perú, que prohíbe expresamente la aplicación retroactiva de las leyes, salvo en materia penal y el texto primigenio del art. 402 del Código Civil, ha sido modificado mediante el art. 2 de la Ley N° 27048, vigente desde el día 7 de enero de 1999, esto es después de iniciado el proceso.

CONSIDERANDO: Primero.- Que, la sentencia de vista en su considerando 3°, ha aplicado el art. 402 inc. 6 del Código Civil, porque el recurrente adoptó una conducta renuente a la realización de la prueba pericial del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), primeramente solicitando la nulidad de la resolución, para luego no cumplir con depositar el 50% del valor que le correspondía pagar para la realización de la nombrada pericia, demostrando no tener la intención de someterse a dicha prueba; **Segundo.-** Que, la sentencia de vista además, ha reproducido los fundamentos de la de primera instancia y también ha tomado en consideración la copia de la historia clínica de la demandante, en donde se consigna que el demandado era su conviviente y fue el quien la llevó al hospital, cuando esta padecía de amenaza de aborto; **Tercero.-** Que, en consecuencia no constituye fundamento único de la sentencia el inc. 6 del art. 402 del Código Civil; **Cuarto.-** Que, cuando el inciso 6 del art. 402 del Código Civil establece que ante la negativa de someterse a la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, luego de haber sido debidamente notificado 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, se trata de una norma de contenido procesal y no sustantiva; **Quinto.-** Que, las normas procesales, son de vigencia inmediata y de carácter imperativas, de acuerdo con lo establecido por el art. IX del Título Preliminar del C.P.C.; **Sexto.-** Que, cuando el juzgado dispuso de oficio se practique la prueba pericial de ADN, por resolución N° 23 del 15 de octubre de 1999, ya se encontraba vigente el inc. 6 del art. 402 del Código Civil, que fue comprendido en la Ley 27048 promulgada el 6 de enero de 1999; **Séptimo.-** Que, por ello, al aplicar la Sala Superior una norma vigente al momento de calificar la conducta procesal del demandado, no ha incurrido en contravención al

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

debido proceso; **Octavo.-** Que, el recurrente goza de auxilio judicial, por lo que se encuentra exento de la condena de costas y costos; **Noveno.-** Que, por las razones expuestas y no presentándose la causal contemplada en el inc. 3 del art. 386 del C.P.C., con lo expuesto por la Fiscalía Suprema, declararon **INFUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por don Juan Hugo Zamata Aguirre, a fs. 281, **NO CASAR** la sentencia de vista de fs. 269, del 2 de abril de 2001; **CONDENARON** al recurrente al pago de la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano; en los seguidos por Rosario Yolanda Castro Luján con Juan Hugo Zamata Aguirre, sobre Filiación Extramatrimonial; y los devolvieron.

SS. ECHEVARRÍA A.; LAZARTE H.; ZUBIATE R.; BIAGGI G.; QUINTANILLA Q.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: PRESUNCIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD

En un proceso de filiación, además de la presunción judicial, deben acompañarse en forma incontrovertible otras pruebas absolutamente definidas que conduzcan al juzgador al convencimiento de la paternidad, pues el indicio del juzgador, en este caso, no está relacionado con alguna omisión o acto del supuesto padre, ya que la parte demandada no es el presunto progenitor sino su sucesión, es decir, personas ajenas al acto de concepción del menor, por lo que la presunción que el juzgador puede tener respecto del comportamiento de estas últimas no puede ser de ninguna manera contundente para declarar la filiación.

CAS. N° 2675-2001-LIMA

Lima, veintitrés de diciembre de dos mil dos

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, vista la causa dos mil seiscientos setenticinco - dos mil uno, con los acompañados, en audiencia pública realizada el trece de noviembre del año en curso y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO: Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fojas mil cuatrocientos treintiocho, su fecha veintiuno de junio de dos mil uno, emitida por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima, que confirmando la sentencia apelada de fojas mil trescientos treinta, su fecha veintitrés de enero del mismo año, declara fundada la demanda de fojas doce, subsanada a fojas veintiocho y, que en consecuencia, don Simeón Caballero Bustamante es padre del menor Simeón Miguel Caballero Denegri; con lo demás que contiene.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Mediante resolución de fecha doce de noviembre de dos mil uno se ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por doña María Esther Marion Calderón y otras, por las causales previstas en los incisos 1, 29 y 3s (sic) del artículo 386 del Código Procesal Civil, relativas a la aplicación indebida de una norma de derecho material, inaplicación de normas de derecho material, contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso y la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, respectivamente.

3. CONSIDERANDOS: Primero.- Que se acusó como agravios: a) la aplicación indebida del artículo 402 inciso 3° del Código Civil, por haberse sustentado la sentencia de vista en el concubinato para amparar la demanda; b) la inaplicación de los artículos 361, 362, 363, 364, 396 y 404 del Código Civil, que se refieren a la presunción de la paternidad matrimonial; c) la contravención de las normas que garantizan el debido proceso al haberse vulnerado el artículo 189 del Código Procesal Civil, que señala la oportunidad de ofrecer medios probatorios en los actos postulatorios al admitirse la realización de la prueba del ADN en la persona de la demandante, su menor hijo y las demandadas; que se ha aplicado retroactivamente el apercibimiento dispuesto en el inciso 6° del artículo 402 del Código Civil, modificado por la Ley 27048; y, d) la

infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales al haberse expedido la sentencia de primera instancia sin remitirse previamente lo actuado a la Fiscalía Provincial de Lima para que emita el dictamen correspondiente.

Segundo.- Que, mediante el proceso judicial se persigue resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales en pro de la paz social en justicia, conforme se halla regulado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Tercero.- Que, el artículo 2 inciso 1° de la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la identidad y en virtud del mismo, toda persona tiene el derecho de conocer quiénes son sus progenitores y antecesores, con todos los privilegios que por ello le pudiera corresponder; encontrándose facultada, en caso de incertidumbre en el conocimiento de dicha identidad, para acudir al órgano jurisdiccional a fin de obtener la dilucidación respectiva.

Cuarto.- En el caso de autos, por escrito del quince de agosto de mil novecientos noventisiete doña Andrea Victoria Denegri Espinoza demandó la declaración de filiación extramatrimonial de su menor hijo Simeón Miguel Caballero Denegri respecto de quien en vida fuera don Simeón Caballero Bustamante; habiendo demandado a la sucesión de éste último y, sin invocar causal alguna del artículo 402 del Código Civil ofreció como medio de prueba la pericia del ADN a practicarse en los restos del finado.

Quinto.- Que, en el decurso del proceso los herederos legales de don Simeón Caballero procedieron a su cremación, lo que imposibilitó la realización de la prueba solicitada sobre los restos del presunto padre del menor; por lo que el juzgador, mediante resolución de fojas quinientos cincuenticuatro y estando a la facultad que le concede el inciso 2° del artículo 51 y 194 del Código Procesal Civil, ordenó como prueba de oficio el peritaje del ADN a extraerse de las muestras a tomar a las personas de la demandante, su hijo y las demandadas previo informe recabado; lo cual ha sido ratificado a fojas setecientos treinticuatro y mil ciento dieciocho de los presentes autos.

Sexto.- Que, el artículo 402 del Código Civil en su texto original recogía cinco presupuestos para invocar la filiación extramatrimonial, mas dicho dispositivo ha sido modificado en el transcurso de la presente causal mediante la dación de la Ley 27048 del seis de enero de mil novecientos noventa y nueve que incorpora una nueva causal de índole probatorio relativa a la acreditación del vínculo parental a través de la prueba del ADN u otras genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, precisando la norma que, ante la negativa de someterse el presunto padre a dicha prueba luego de haber sido notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista.

Séptimo.- Que, dicha modificatoria al artículo sub examine no estuvo vigente al momento de interposición de la presente demanda por lo que los órganos de instancia no aplicaron el apercibimiento ya citado, conforme puede apreciarse de las sentencias de mérito; sin embargo debe anotarse, tal como precisó el Colegiado Superior, que el artículo 413 del Código Sustantivo –anterior a la modificatoria en mención– ya presentaba la posibilidad de invocar como prueba la pericia del ADN pues aludía a que en un proceso de filiación podía admitirse no solo la prueba negativa de los grupos sanguíneos, sino también “otras de validez científica” en cuyo caso era factible la presentación por el interesado de la prueba en referencia; además es necesario acotar que la realización de este medio de prueba resulta trascendente en los procesos como el presente, debido a su alto grado de certeza en la acreditación de la filiación.

Octavo.- Que conforme aparece de las sentencias objeto de análisis, las instancias ampararon la demanda teniendo en cuenta básicamente la conducta procesal de

la parte demandada, reflejada en haber procedido a la cremación del cadáver del presunto progenitor del menor cuando ya conocía que la prueba del ADN había sido ofrecida en esta causa y en el hecho de no haber acudido a las reiteradas audiencias para llevarse a cabo la misma; habiéndose sustentado las sentencias de mérito en los incisos 5°, 6° y 7° del artículo 112 y 282 del Código Procesal Civil. **Noveno.**- Que en efecto, por los hechos mencionados precedentemente, puede evidenciarse una notoria falta de cooperación de las accionadas para lograr la finalidad del medio probatorio anotado, siendo factible que el juzgador extraiga conclusiones por tal actitud; sin embargo, es preciso anotar que en el caso concreto la parte demandada no es el presunto progenitor sino su sucesión, es decir, se trata de personas evidentemente ajenas al acto de concepción del menor; por lo que la presunción que el juzgador puede tener respecto del comportamiento de estas últimas no puede ser de ninguna manera contundente para declarar la filiación. **Décimo.**- En tal sentido, es necesario hacer la acotación que en un proceso de filiación, además de la presunción judicial, debe acompañarse en forma incontrovertible otras pruebas absolutamente definidas que conduzcan al juzgador al convencimiento de la paternidad, máxime, si como ya se precisó el indicio del juzgador en el caso que nos atiende no está relacionado con alguna omisión o acto del supuesto padre; debiéndose señalar que de autos no se advierten pruebas contundentes encaminadas a demostrar la filiación reclamada, pues los documentos aportados por la actora acreditan únicamente la relación laboral que existía entre ella y el señor Caballero Bustamante, por lo que la presente demanda no puede ser amparada; empero, dadas las circunstancias de estos autos, se debe dejar a salvo cualquier derecho alimentario que le pueda corresponder al menor, en atención al interés superior del niño consagrado en el Código de los Niños y Adolescentes. **Décimo Primero.**- Asimismo, resulta pertinente resaltar que en la presente demanda la accionante no ha invocado la existencia de concubinato alguno con el presunto padre de su hijo ni tampoco ha declarado en tal sentido en la audiencia respectiva, por lo que al haberse sustentado la sentencia de primera instancia, cuyos argumentos han sido reproducidos en segunda instancia, en la causal contenida en el inciso 3° del artículo 402 del Código Civil se ha incurrido en aplicación indebida de una norma de derecho material. **Décimo Segundo.**- Que, en cuanto a la causal de inaplicación de las normas anotadas en el considerando primero de la presente resolución, ésta no resulta amparable por cuanto el matrimonio de la demandante con el señor Ronald Cecil Hudson llevado a cabo en los Estados Unidos no tiene efectos legales al no estar inscrito en el Consulado Peruano conforme se señaló en el considerando vigésimo primero de la apelada y, de otro lado, la omisión del dictamen fiscal no acarrea nulidad toda vez que el mismo es meramente ilustrativo conforme a los artículos 171 del Código Procesal Civil y 89 inciso b) de la Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo 052. **4. DECISIÓN:** Por tales consideraciones, de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo de fojas cincuentiséis del cuaderno de casación y en aplicación de lo dispuesto en el inciso 19 del artículo 396 del Código Procesal Civil: a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación de fojas mil cuatrocientos cuarentiocho, interpuesto por doña María Esther Marion Calderón y otros, en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fojas mil cuatrocientos treintiocho, su fecha veintiuno de junio de dos mil uno, expedida por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima. b) Actuando como órgano de instancia: **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas mil trescientos treinta, su fecha veintitrés de enero de dos mil uno, que declara fundada la demanda de fojas doce subsanada a fojas veintiocho y, **REFORMÁNDOLA** declararon **INFUNDADA** la citada demanda.

c) **DISPUSIERON** se publique esta resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por doña Andrea Victoria Denegri Espinoza sobre declaración judicial de paternidad extramatrimonial; y los devolvieron.

SS. SILVA VALLEJO; CARRILLO HERNÁNDEZ; QUINTANILLA QUISPE; GONZALES MUÑOZ

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISIDENCIA DEL VOCAL SEÑOR DOCTOR TORRES CARRASCO, SON COMO SIGUEN: CONSIDERANDO:

Primero.- La prueba biológica del ADN fue ofrecida en la demanda y admitida en la audiencia de fojas cuatrocientos cuatro al haberse declarado infundada la oposición formulada por las demandadas contra dicho medio probatorio, fue debido a que los restos de don Simeón Caballero Bustamante fueron inhumados y cremados por decisión de las demandadas, que el Juzgado desestimó dicho medio probatorio por ser de imposible actuación conforme aparece a fojas cuatrocientos setenticinco; ordenándose de oficio a fojas quinientos cincuentiséis el peritaje científico del ADN sobre las muestras de sangre de las demandadas, la demandante y su menor hijo; sin embargo a fojas seiscientos veintiséis el Instituto Peruano de Seguridad Social comunicó al juzgado que su laboratorio de histocompatibilidad no podía realizar dicha prueba, por ello, mediante resolución de fojas setecientos treinticuatro el a quo dispuso que previamente, para mejor resolver, se practique la prueba del ADN en las muestras de sangre de las demandadas, la demandante y su menor hijo. En conclusión la actuación de la prueba biológica del ADN no resulta extemporánea al haberse ordenado de oficio por el Juzgador, conforme a lo dispuesto por el artículo 194 del Código Procesal Civil, lo que descarta la posibilidad de afectación alguna al artículo 198 del ordenamiento procesal citado. **Segundo.-** En cuanto al extremo en que se sostiene que se habría hecho efectivo el apercibimiento contenido en el inciso 69 del artículo 402 del Código Civil modificado por la Ley 27048, analizando la recurrida se concluye en que carece de sustento esta afirmación por cuanto el juzgador no ha efectivizado apercibimiento alguno, por el contrario ha valorado la conducta procesal de las partes con sujeción al artículo 282 del Código Procesal Civil al advertir la falta de colaboración de las demandadas y la obstrucción que hicieron para impedir que se lleve a cabo la prueba del ADN. **Tercero.-** En lo que respecta a la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales por considerar que no se ha remitido los actuados al Fiscal Provincial de Familia para que expida el dictamen previo a la sentencia de primera instancia, esta omisión no se sanciona con la nulidad por el artículo 141 del Código de los Niños y Adolescentes careciendo de relevancia si se tiene en cuenta que conforme a lo establecido en reiteradas resoluciones expedidas por la Sala de Casación el dictamen fiscal es meramente ilustrativo y su omisión no va a influir en el sentido de la resolución. **Cuarto.-** La causal de aplicación indebida del artículo 402 inciso 3º del Código Civil las recurrentes la hacen consistir en que la sentencia de vista se ha sustentado en el concubinato para amparar la demanda. Analizada la sentencia de vista que se cuestiona, se aprecia que dicha norma no ha sido aplicada en la fundamentación de la resolución expedida por la Sala de Familia, por lo tanto no se puede hablar de aplicación indebida de una norma que no ha sido invocada en la resolución. Siendo intrascendente que la norma citada haya sido consignada en la ponencia que a título singular realizó uno de los vocales superiores y que corre a continuación de la resolución impugnada. Consecuentemente, debe desestimarse esta causal por carecer de sustento. **Quinto.-** En

cuanto a la causal de inaplicación de los artículos 361, 362, 363, 364, 396 y 404 del Código Civil, que en esencia tratan de la presunción de la paternidad, presunción de filiación matrimonial, acción contestatoria de la paternidad, del plazo para interponer la acción contestatoria, reconocimiento del hijo extra matrimonial de mujer casada y de la declaración judicial de paternidad del hijo de madre casada, respectivamente, debe tenerse presente que el menor Simeón Miguel Caballero Denegri hijo de la actora y cuya paternidad se reclama nació el siete de febrero de mil novecientos ochentinueve, según partida de nacimiento de fojas cuatro, cuando se encontraba vigente el matrimonio celebrado en los Estados Unidos entre la actora y el ciudadano norteamericano Ronald Cecil Hudson English, en febrero de mil novecientos setentiocho; sin embargo al no haberse inscrito en el Consulado Peruano y en el Registro de Estado Civil del Perú el vínculo matrimonial, carece de efectos jurídicos plenos para el Perú quedando habilitada la actora para solicitar la declaración judicial de paternidad de su hijo. Estas razones conducen a desestimar por impertinentes las normas de derecho material que invocan las recurrentes. **Sexto.-** Dentro de los sucedáneos de prueba el Código Procesal Civil recoge la presunción judicial y la conducta procesal de las partes; en cuanto a la presunción judicial el artículo 281 del texto procesal autoriza al Juez a aplicar su razonamiento lógico-crítico basado en las reglas de experiencia o en sus conocimientos y, a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso a formarse convicción respecto a los hechos investigados. En cuanto a la conducta procesal de las partes, el artículo 282 del mismo Código establece que el Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta procesal que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. En el caso de autos debe tenerse presente que si alguno de los justiciables no concurre varias veces a las citaciones del juzgador rehuendo la actuación de un medio probatorio, su conducta debe ser considerada como indicio grave en contra de su pretensión o de las excepciones según sea el caso; tanto más, si con relación a la prueba del ADN las demandadas han negado obstinadamente su cooperación para la realización de esta prueba que les hubiera permitido desvirtuar la paternidad invocada por la actora. Por las consideraciones antes expuestas y de conformidad en parte con el Dictamen Fiscal: **MI VOTO** es porque se declare **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas mil cuatrocientos cuarentiocho, interpuesto por doña María Esther Marion Calderón y otras; y en consecuencia, **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas mil cuatrocientos treintiocho, su fecha veintiuno de junio de dos mil uno, expedida por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima; en los seguidos por Andrea Victoria Denegri Espinoza sobre declaración judicial de paternidad extramatrimonial.-

S.S. TORRES CARRASCO

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN ALIMENTARIA

Para que proceda la acción alimentaria del hijo extramatrimonial se necesitan acreditar dos supuestos básicos: las relaciones sexuales habidas entre la madre del hijo alimentista y el demandado, y que dichas relaciones hayan tenido lugar en la época de la concepción del hijo.

CAS. N° 3328-00-CAMANÁ

Lima, 12 de marzo de 2001

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República; en la causa N° 3328-2000, vista en Audiencia Pública el 12 de marzo del año en curso, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por doña Lina Angela Huamaní Ramírez a fojas 194 contra la sentencia de vista de fojas 192, su fecha 22 de setiembre de 2000; expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que confirmando la sentencia apelada de fojas 172, su fecha 10 de julio de 2000, declara infunda la demanda.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Corte mediante resolución de fecha 13 de diciembre de 2000 ha estimado procedente el recurso por la causal relativa a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, basada en que las instancias de mérito no han valorado el dicho del demandado al contestar la demanda cuando reconoce haber permanecido en la base antissubversiva de Acarí durante el tiempo en que tuvo lugar la concepción del menor alimentista, por lo que según agrega, no se habría cumplido con lo ordenado por el Art. 197 del C.P.C. al momento de valorar la prueba producida en autos.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, para la procedencia de la pensión de alimentos en caso de hijos alimentistas según el Art. 415 del Código Civil, se requiere que el hijo reclame del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de 18 años; en tal sentido, según la hipótesis fáctica de la norma se necesitan dos supuestos básicos que acreditar para que opere el reclamo: las relaciones sexuales habidas entre la madre del hijo alimentista y el demandado; y que dichas relaciones hayan tenido lugar en la época de la concepción del hijo.

Segundo.- Que, las instancias de mérito han arribado a la conclusión fáctica que en el desarrollo del proceso no se ha probado las relaciones sexuales extramatrimoniales entre demandante y demandado; por su lado, el impugnante alega lo contrario, es decir que sí ha tenido relaciones sexuales en la época de la concepción, lo que verificaría con la afirmación del demandado en su contestación al señalar que recién en el mes de marzo de 1992 fue asignado a la ciudad de Ilo fecha que según la citada pretensora coincide con la época en que fue concebido su menor hijo, cuestión que no habría sido valorado o ponderado en autos.

Tercero.- Que, en doctrina procesal se ha dicho que el contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria, a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa; siendo así, una de las manifestaciones del derecho a probar es precisamente el derecho a la debida valoración de los medios probatorios, pues si estos tienen por finalidad producir en el Juzgador la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos, éste resultaría ilusorio si el Juzgador no valora adecuadamente el material probatorio (Reynaldo Bustamante Alarcón, Apuntes sobre la valoración de los medios de prueba, Revista Peruana de Derecho Procesal, Tomo II, página 51).

Cuarto.- Que, uno de los principios que sirve de pauta para la valoración de la prueba es el de unidad del material probatorio, según el cual los medios probatorios deben ser valorados en forma conjunta, “confrontándose uno a uno todos los medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia”, con la finalidad de que la decisión final sea una síntesis de la totalidad de los medios de prueba y de los hechos que pretendieron acreditar.

Quinto.- Que, tal cual como se ha indicado, la recurrente sostiene que no se ha tomado en cuenta la versión del demandado en el sentido de que ha afirmado que se encontraba prestando servicio como destacado en la base antisubversiva de Acarí hasta el mes de marzo de 1992, fecha en que fue asignado a la ciudad de Ilo, lo que coincide con la fecha de la concepción del menor teniendo en cuenta que su nacimiento se produjo el 27 de noviembre de 1992; al respecto, debe considerarse que las afirmaciones de las partes pueden ser valorados por el Juzgador, pues según el Art. 221 del Código Adjetivo son declaraciones asimiladas.

Sexto.- Que, el demandado en su escrito de contestación de fojas 78 afirma que estuvo en la localidad de Acarí desde el mes de noviembre de 1991 hasta el mes de febrero de 1992, y desde el mes de marzo fue cambiado a la ciudad de Ilo, por ello niega que en este último mes haya estado en dicha localidad; sin embargo, se puede deducir que si el nacimiento del menor se produjo el 27 de noviembre de 1992, conforme a la partida de nacimiento de fojas 3 el inicio del período de los nueve meses del proceso normal de gestación de la concebida, viene a ser el 27 de febrero del mismo año, fecha en la cual el demandado sí se encontraba en la citada localidad como se advierte de su propia afirmación, pudiendo reputarse esta fecha entonces como el lapso donde se habría producido la concepción de la menor.

Sétimo.- Que, no obstante, el juicio lógico de deducción extraído de la afirmación de una de las partes no puede ser por sí misma suficiente para causar certeza de un hecho, pues será necesario que se observe necesariamente el principio de unidad de la prueba, es decir, el examen de conjunto donde la afirmación del demandado se confronte con los demás hechos y pruebas que obran en autos a fin de verificar la verosimilitud de la afirmación para luego arribar a la certeza del hecho, lo que “sucede luego de que se haya examinado y valorado cada uno de los medios probatorios referente a cada hecho a probar (los de cargo y los de descargo) en base a un método crítico, analítico y sistemático” (ver Reynaldo Bustamante, Op. Cit. Página 63).

Octavo.- Que, estas reglas del derecho probatorio han sido ignoradas por la recurrida, que están reconocidas en el Art. 197 del C.P.C., por ende cabe amparar el recurso a fin de que la Sala expida nuevo fallo con arreglo a lo expuesto.

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Noveno.- Que, asimismo, aun cuando no es parte del recurso, la Corte invocando su facultad nulificante, advierte que la Sala de Revisión no ha resuelto las apelaciones sin efecto suspensivo y con la calidad de diferidas concedidas mediante las resoluciones de fojas 156 y 163, respectivamente, lo que invalida la recurrida por no haber cedido el proceso en mérito a lo actuado y al derecho infringiéndose de esta manera el numeral tercero del Art. 122 del Código Adjetivo; estando a las consideraciones que preceden, con lo expuesto en el Dictamen Fiscal, declararon **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por doña Lina Angela Huamaní Ramírez a fojas 194; **NULA** la sentencia de vista de fojas 192, su fecha 22 de setiembre de 2000; en consecuencia, **MANDARON** que dicha Sala expida nueva resolución con arreglo a ley, absolviendo las apelaciones concedidas con la calidad de diferidas; en los seguidos con don José Beder Felix Díaz, sobre Alimentos; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. IBERICO; ECHEVARRÍA; SEMINARIO; CELIS; TORRES.



FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: PRUEBA DE LA CONDICIÓN DE HIJO ALIMENTISTA

Es presupuesto para que se configure la existencia del hijo alimentista que se acrediten las relaciones sexuales habidas con la madre durante la época de concepción; por tanto, las pruebas actuadas en un proceso de esta naturaleza deben conducir al Juzgador a determinar el estado de alimentista de quien lo solicita, teniendo como base las pruebas que haya hecho valer para acreditar su derecho, e incluso las que presente la parte contraria para desestimar la existencia de las relaciones sexuales.

CAS. N° 784-02-ICA

ALIMENTOS

Lima, cuatro de noviembre de dos mil dos

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa setecientos ochenticuatro-dos mil dos; en audiencia pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley se emite la siguiente sentencia;

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Cecilia Esther Anicama Donayre, contra la sentencia de Vista de fojas setenta y cuatro, su fecha tres de enero de dos mil dos, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Ica, que revoca la sentencia apelada de fojas cincuenta y seis, su fecha veintiocho de setiembre de dos mil uno, que declara fundada en parte la demanda sobre alimentos; y, reformándola declararon improcedente dicha demanda;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Que, concedido el recurso de casación a fojas ochenta y siete, fue declarado procedente por este Supremo Tribunal mediante resolución de fecha treinta de abril de dos mil dos, por la causal contemplada por el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, denunciando la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, ya que la sentencia de Vista infringe lo dispuesto en el inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Adjetivo; al no pronunciarse sobre todos los extremos de la demanda y sin invocar fundamento legal que ampare su decisión, sustentándola solamente en el artículo cuatrocientos quince del Código Civil, sin tener en cuenta que si una madre consigna en el Registro Civil el nombre del padre del menor es porque sí es su verdadero padre. Asimismo, infringe lo dispuesto en el artículo primero del Título Preliminar del Código Procesal Civil, ya que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva;

CONSIDERANDO: Primero.- Que, el presente proceso es uno de alimentos, siendo el objeto de la pretensión que el demandado acuda con una pensión alimenticia mensual de cuatrocientos nuevos soles a favor de la menor hija de la actora; **Segundo.-** Que, el artículo cuatrocientos quince del Código Civil, establece en su primer párrafo que, fuera de los casos del artículo cuatrocientos dos del acotado Código, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho

años; **Tercero.-** Que, en tal sentido es presupuesto para que se configure la existencia del hijo alimentista que se acredite las relaciones sexuales habidas con la madre durante la época de concepción; por tanto, las pruebas actuadas en un proceso de esta naturaleza deben conducir al Juzgador a determinar el estado de alimentista de quien lo solicita, teniendo como base las pruebas que haya hecho valer para acreditar su derecho, e incluso a las que presente la parte contraria para desestimar la existencia de las relaciones sexuales; **Cuarto.-** Que, la sentencia de Vista ha concluido que la actora no ha cumplido con acreditar los presupuestos fácticos a que se contrae el artículo cuatrocientos quince del Código Sustantivo, precisando además que las pruebas ofrecidas, admitidas y actuadas en la Audiencia correspondiente, no son lo suficientemente demostrativas como para amparar la pretensión demandada; apreciándose por tanto que se ha examinado el punto controvertido y aplicado la norma pertinente para resolver el conflicto de intereses, en cumplimiento de las normas y formalidades establecidas en el Código Procesal Civil, conteniendo la resolución expedida una adecuada motivación, la que se sujeta al mérito de lo actuado y al derecho, no evidenciándose contravención del inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Adjetivo, ni del artículo primero del Título Preliminar del Código acotado, referido a la tutela jurisdiccional efectiva, como denuncia la recurrente; **Quinto.-** Que, estando a las razones que anteceden, en atención a lo dispuesto por el artículo trescientos noventa y siete del Código Adjetivo, y de conformidad con lo expuesto por el Fiscal Supremo de la Fiscalía Suprema en lo Civil; declararon **INFUNDADO** el recurso de casación, interpuesto por doña Cecilia Esther Anicama Donayre, a fojas ochenta y dos; en consecuencia **NO CASARON** la resolución de Vista de fojas setenta y cuatro, del tres de enero de dos mil dos; **CONDENARON** a la recurrente al pago de multa de una Unidad de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano; en los seguidos por Cecilia Esther Anicama Donayre contra Víctor Raúl Gavilano Alvarez sobre Alimentos; y los devolvieron.

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZÉN; MENDOZA RAMÍREZ; LAZARTE HUACO; INFANTES VARGAS; SANTOS PEÑA.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: FIJACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

Para la fijación de la pensión alimenticia no es necesario establecer fehacientemente el vínculo parental entre la menor alimentista y el obligado por la ley, pues no se debate la filiación extramatrimonial de la mencionada menor, sino establecer si le compete reclamar alimentos, teniendo en cuenta que el demandado no ha negado haber sostenido relaciones sexuales con la demandada con anterioridad al parto.

CAS. N° 253-2002-PIURA

Lima, catorce de abril de dos mil tres

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, vista la causa el día catorce de abril de dos mil tres, producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la presente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO: Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fojas cien, su fecha once de diciembre de dos mil uno, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura que, revocando la sentencia de primera instancia, declara infundada la demanda interpuesta por doña Hilda Bustamante Meoño contra don Walter Guerrero Oyola, sobre alimentos.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO. Mediante resolución de fojas nueve del cuadernillo de casación, su fecha cinco de junio de dos mil dos, se ha declarado procedente el recurso interpuesto por doña Hilda Bustamante Meoño por la causal prevista por el inciso 1° del artículo 386 del Código Procesal Civil, relativa a la interpretación errónea del numeral 415 del Código Civil.

3. CONSIDERANDOS: Primero.- Como se ha anotado precedentemente, se ha declarado procedente el recurso de casación por la causal prevista en el inciso 12 del artículo 386 del Código Procesal Civil, en base a la alegación hecha por la impugnante en el sentido de que en la sentencia de vista se ha interpretado erróneamente el numeral 415 del Código Civil, señalando que la Sala Civil Superior al decidir la controversia ha contravenido el espíritu y mandato del mencionado numeral –que establece la institución del “acreedor alimentario”–, pues ha resuelto la presente causa como si el punto en controversia radicaría en establecer la filiación de la menor para quien se solicita alimentos. **Segundo.-** En efecto, revisada la sentencia de vista, concretamente su segundo considerando, se constata que la mencionada Sala para desestimar la demanda incoada ha señalado, entre otros puntos, que la demandante no ha cumplido con acreditar la existencia, personalidad y vínculo parental entre el presunto padre y la menor alimentista. Dicha afirmación, si se tiene en cuenta el texto del numeral 415 del Código Civil, importa una interpretación errónea del mismo, toda vez que el citado numeral contiene un supuesto de obligación alimentaria basada en las relaciones sexuales habidas, en este caso, entre el demandado y la demandante, que no conduce naturalmente a la declaración de filiación. Interpretando el mencionado precepto legal se llega a la determinación que los supuestos fácticos previstos por el artículo 402 del Código

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Civil, conducen no sólo a la declaración de la filiación, sino también a la fijación de una pensión de alimentos a favor del hijo. La previsión contenida en el artículo 415 del Código Civil es una excepción dirigida sólo a la prestación de alimentos. **Tercero.-** Consecuentemente, para la fijación de la pensión alimenticia sub materia, no es necesario establecer fehacientemente el vínculo parental entre la menor alimentista y el obligado por la ley, pues no está en debate en estos autos la filiación extramatrimonial de la mencionada menor, sino establecer si le compete reclamar alimentos bajo el supuesto normativo antes indicado, si se tiene en cuenta que el demandado no ha negado haber sostenido relaciones sexuales con la demandada con anterioridad al parto. Por lo que el recurso de casación por la aludida causal debe declararse fundado y en observancia de lo dispuesto por el artículo 396, inciso 12 del Código Procesal Civil esta Sala debe emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto como sede de instancia, evaluando las pruebas y los hechos aportados al proceso. **Cuarto.-** Analizados los hechos y las pruebas actuadas se llega a la evidencia que existe una presunción de que el demandado mantuvo relaciones sexuales con la demandante durante la época de la concepción de la menor alimentista, pues al contestar la demanda expresó conocer a la demandante y no negó el hecho de haber mantenido relaciones sexuales con la misma, por lo que la demanda merece ser amparada. De otro lado, aun cuando el nacimiento de la menor Xiomara Guerrero Bustamante no se encuentre registrado en los Registros Civiles de la Municipalidad correspondiente, es obvio que su existencia se halla acreditada por el mérito del certificado de nacimiento de fojas sesentiséis, debiendo tenerse en cuenta para estos efectos el interés superior del menor consagrado en el artículo Noveno del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

4. DECISIÓN: A) Por estas razones, por los fundamentos de la sentencia de primera instancia de fojas setentiuno y de conformidad con el dictamen fiscal de fojas diez obrante en este cuadernillo: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Hilda Bustamante Meoño a fojas ciento cinco por la causal de interpretación errónea de una norma de derecho material y, en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fojas cien, su fecha once de diciembre de dos mil uno. B) Actuando esta Sala como sede de mérito: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fojas setentiuno, su fecha dos de octubre de dos mil uno, que declara fundada en parte la demanda incoada sólo en el extremo referido a los alimentos y en consecuencia ordena que el demandado don Walter Guerrero Oyola acuda con la suma equivalente al quince por ciento de sus ingresos mensuales a favor de la menor Xiomara Guerrero Bustamante, como hija alimentista, e infundada la misma demanda en el extremo que se solicita reconocimiento de gastos de embarazo y parto. C) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. ALFARO ÁLVAREZ; SILVA VALLEJO; CARRIÓN LUGO; CAROAJULCA BUSTAMANTE; PACHAS ÁVALOS.



FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: DIFERENCIA ENTRE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

Pese a que la Constitución Política del Estado señala que todos los hijos tienen iguales deberes y derechos, tratándose de derecho de alimentos existe diferencia entre aquellos hijos extramatrimoniales que tienen relación paterno filial con un padre reconocido como tal, de aquellos que no tienen filiación con su padre como son los hijos extramatrimoniales denominados alimentistas que solo mantienen una obligación pecunaria. Sostener una igualdad entre estas formas significaría que el obligado alimentista es un padre y por tanto además de alimentos, el alimentista también puede reclamar herencia, apellido y otros derechos.

CAS. N° 866-2002-ANCASH

ALIMENTOS

Lima, dieciséis de mayo de dos mil tres

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; Vista la causa número ochocientos sesentiséis - dos mil dos; en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas ciento treinta por don Alex Rafael Coral Olaya contra la resolución de vista de fojas ciento tres expedida por la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Ancash que Revoca la resolución apelada de fojas setentinueve, de fecha nueve de octubre del año dos mil uno que declaró Fundada en parte la demanda; y Reformándola declara Improcedente la demanda sobre Prestación de Alimentos;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Que concedido el recurso de casación a fojas ciento treintitrés, por resolución de esta Sala Suprema del ocho de mayo de dos mil ha sido declarado procedente por la causal prevista en el inciso segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, sustentada en que han sido inaplicados el artículo seis de la Constitución Política del Estado y el artículo cuatrocientos ochentitrés del Código Civil. Que la norma Constitucional consagra que todos los hijos tienen iguales derechos, en tal sentido, la última parte del artículo cuatrocientos ochentitrés del Código Civil permite gozar de la pensión alimenticia si subsiste el estado de necesidad o el alimentista –que es el hijo extramatrimonial no reconocido voluntaria o legalmente por su progenitor– está siguiendo una profesión u oficio exitosamente; que esta norma alcanza también a los hijos alimentistas el cual es su caso, por tanto debió aplicarse, más aún si la Constitución no hace distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales;

CONSIDERANDO: Primero: Que, el presente caso trata de un hijo alimentista mayor de dieciocho años que encontrándose estudiando una profesión reclama alimentos de quien se le atribuye haber mantenido relaciones sexuales con su madre durante la época de su concepción; De conformidad con lo que dispone el artículo cuatrocientos quince del Código Civil solo pudo reclamar esta pensión hasta la edad de dieciocho

años, después de tal edad no puede proveer su subsistencia por incapacidad física o mental. Que, en esta excepción por incapacidad, tampoco se encuentra el actor quien precisamente cursa estudios superiores; **Segundo.-** Que, lo previsto en la parte final del artículo cuatrocientos ochentitrés del Código Civil no es aplicable en este caso, porque en forma específica el hijo alimentista se encuentra regido por el artículo cuatrocientos quince del Código Civil que establece una obligación económica de alimentos a persona que la ley no le atribuye la condición de padre; **Tercero.-** Que, pese a que el artículo seis de la Constitución Política del Estado señala que todos los hijos tienen iguales deberes y derechos, tratándose de derecho de alimentos existe diferencia entre aquellos hijos extramatrimoniales que tienen relación paterno filial con un padre reconocido como tal, de aquellos que no tienen filiación con su padre como son los hijos extramatrimoniales denominados alimentistas que solo mantienen una obligación pecunaria. Sostener una igualdad entre estas formas significaría que el obligado alimentista es un padre y por tanto además de alimentos, el alimentista también puede reclamar herencia apellido y otros derechos; **Cuarto.-** Que, por lo expuesto y en aplicación del artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas ciento treinta, en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista de fojas ciento trece, de fecha catorce de diciembre del presente año; **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el diario oficial El Peruano; en los seguidos por don Alex Rafael Coral Olaya con don Juan Coral, sobre Alimentos.

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZÉN; MENDOZA RAMÍREZ; AGUAYO DEL ROSARIO; PACHAS ÁVALOS

EL VOTO DE LOS SEÑORES VOCALES: LAZARTE HUACO, INFANTES VARGAS Y SANTOS PEÑA, ES COMO SIGUE: CONSIDERANDO: Primero.- Que, la causal de inaplicación de una norma de derecho material, está referida al caso en que el juzgador por desconocimiento o dolo deja de aplicar la norma pertinente al caso; **Segundo.-** Que, para el efecto hay que tener en cuenta que el presente proceso tiene como exigencia que el demandado Juan Coral, asista con una pensión alimenticia a favor del actor; **Tercero.-** Que, el último párrafo del artículo cuatrocientos ochenta y tres del Código Civil, permite que la obligación de prestar alimentos, subsista aun cuando el alimentista haya llegado a la mayoría de edad, siempre y cuando continúe el estado de necesidad o esté siguiendo una profesión u oficio exitosamente; **Cuarto.-** Que, la sentencia de primera instancia ha establecido como conclusión fáctica, que el demandante viene cursando estudios en la Universidad de Chimbote - Ancash, conforme a la comunicación de fojas setenta y uno, y que por tanto aún no se encuentra en aptitud de atender su propia subsistencia, además tiene que cumplir con las obligaciones económicas relativas al pago mensual de enseñanza, y los costos de alojamiento y alimentación; **Quinto.-** Que, la Sala de Vista, bajo el argumento de que el demandante es mayor de edad e hijo extramatrimonial, ha revocado la sentencia apelada y reformándola declara improcedente la demanda; **Sexto.-** Que, sin embargo, tal conclusión, soslaya la aplicación del último párrafo del artículo cuatrocientos ochenta y tres del Código Sustantivo, pues, si bien es cierto se ha establecido en las instancias de mérito que el actor es hijo extramatrimonial y mayor de edad, ello no es óbice a que sea beneficiario de una pensión alimenticia; estando a las condiciones personales antes señaladas, y a lo preceptuado por el artículo sexto de la Constitución del Estado, como

norma de mayor jerarquía, que no establece distinción alguna entre hijos matrimoniales o extramatrimoniales, consagrando la igualdad de los hijos en materia de derechos y deberes; **Sétimo.-** Que, tal precepto constitucional, a su vez, guarda concordancia con lo previsto en el artículo primero, segundo y sétimo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, señalando respectivamente que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”; “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”; “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley”; y “todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”; **Octavo.-** Que, en tal sentido se verifica la inaplicación del artículo cuatrocientos ochenta y tres del Código Sustantivo, y fundamentalmente del precepto constitucional citado, por lo que, deviene en amparable el recurso casatorio; en consecuencia **NUESTRO VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación de fojas ciento treinta, interpuesto por don Alex Rafael Coral Olaya; y, actuando en sede de instancia, **SE CONFIRME** la sentencia de primera instancia obrante a fojas setenta y nueve su fecha nueve de octubre de dos mil uno, que declara Fundada la demanda de fojas trece sobre Alimentos, con lo demás que contiene; No firmando los señores Vocales Infantes Vargas y Santos Peña, pues a la fecha no conforma Sala, conforme a lo dispuesto por el artículo ciento cuarentinueve de la Ley Orgánica del Poder Judicial; además, sus votos ya han sido notificados a las partes, cuya copia certificada se anexa.

SS. LAZARTE HUACO; INFANTES VARGAS; SANTOS PEÑA.



FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: PRUEBA INSUFICIENTE

No obstante se consigna en la historia clínica el nombre del demandado como presunto esposo de la demandante y padre de la menor, ello no puede considerarse como prueba fehaciente que acredite que las partes sostuvieron relaciones sexuales en la época de la concepción, y que por ende, conlleve la obligación de prestar alimentos a la menor.

CAS. N° 431-2002-ICA

Lima, veintitrés de abril de dos mil tres

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa en la fecha, con el dictamen fiscal y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por don Teófilo Rufino Mendoza Peve contra la resolución de vista de fojas ciento diez, su fecha tres de diciembre de dos mil uno, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que confirmando la resolución apelada de fojas setentiocho, su fecha veintisiete de agosto del mismo año, declara fundada en parte la demanda de fojas veinticinco formulada por doña Mirtha Vilma Quijandría Rojas, sobre alimentos; en consecuencia se ordena que el demandado acuda con una pensión alimenticia de noventa nuevos soles a la menor Karina Lisseth Mendoza Quijandría; con lo demás que contiene.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Admitido el recurso de casación a fojas ciento veinticinco, fue declarado procedente mediante auto de fecha doce de junio de dos mil dos, por las denuncias basadas en las causales contenidas en los incisos 1 y 3 del art. 386 del Código Procesal Civil, respecto a la interpretación errónea de normas de derecho material y contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, señalándose que se ha interpretado erróneamente el art. 415 del Código Civil, al establecerse que corresponde al demandado probar que no ha mantenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción; asimismo, en cuanto a la denuncia por contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, refiere el impugnante que se han inaplicado las normas contenidas en los arts. 196 y 200 del Código Procesal Civil, toda vez que la demandante no ha probado que mantuvo relaciones sexuales con el recurrente durante la época de la concepción, con lo cual la demanda sería infundada.

3. CONSIDERANDOS: Primero: En primer término es necesario examinar la denuncia realizada al amparo de la causal referida a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, porque de configurarse tal causal, ya no cabe pronunciamiento sobre el fondo de la materia controvertida.

Segundo: Los medios impugnatorios (será probatorios) tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Tercero: El contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria solicitando que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa.

Cuarto: En el presente proceso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 196 del Código Procesal Civil, corresponde a la demandante probar los hechos que sustentan su pretensión, en tal sentido, conforme es de verse de fojas veinticinco, la actora ampara su demanda en la partida de nacimiento de la menor obrante a fojas tres y el mérito a la Historia Clínica de fojas cinco.

Quinto: Siendo ello así, se tiene que el documento de fojas tres de ninguna manera acredita la pretensión de la actora, debiendo tenerse en cuenta que la menor fue registrada extemporáneamente sólo con los apellidos de la madre, quien aparece como la declarante, asimismo, es preciso anotar que no obstante a fojas dieciocho vuelta y diecinueve de la Historia Clínica, se consigna el nombre del demandado como presunto esposo de la demandante y padre de la menor Karina Lisseth, ello no puede considerarse como prueba fehaciente que acredite que las partes sostuvieron relaciones sexuales en la época de la concepción.

Sexto: Debemos entender, por consiguiente, que la garantía del derecho a un debido proceso consiste en la administración de justicia conforme al ordenamiento legal vigente, garantías éstas que han sido contravenidas por la sentencia recurrida, expedida sin que se haya observado lo que disponen los arts 196 y 200 del Código adjetivo.

4. DECISIÓN: Por las consideraciones anotadas, de acuerdo con lo opinado en el dictamen fiscal y estando a lo establecido en el acápite 2.1 del art. 396 del Código Procesal Civil: declararon **FUNDADO** el recurso de casación de fojas ciento diecinueve, interpuesto por don Teófilo Rufino Mendoza Peve; en consecuencia **NULA** la resolución de vista de fojas ciento diez, su fecha tres de diciembre del dos mil uno, **ORDENARON** que la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica expida nuevo fallo teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de esta resolución; en los seguidos por doña Minha Vilma Quijandría Rojas, sobre alimentos; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. ALFARO ÁLVAREZ; SILVA VALLEJO; CARRIÓN LUGO; HUAMANÍ LLAMAS; CARO A.; JULCA BUSTAMANTE C.



FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: LA PRUEBA DE ADN NO ES OBLIGATORIA EN EL PROCESO ORDINARIO DE FILIACIÓN

Si bien el a quo prescindió de la prueba de ADN a solicitud de la actora también lo es que ella no es indispensable para amparar la pretensión incoada, ya que las instancias de fallo han basado sus decisiones en los medios probatorios admitidos en la audiencia correspondiente para concluir que el recurrente es el padre biológico de la menor hija de la accionante.

CAS. N° 2317-2004-SAN ROMÁN

Lima, diez de mayo de dos mil cinco

VISTOS, con los acompañados: verificado el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso interpuesto por Alberto Cecilio Quispe Condori, previstos en el artículo 387 del Código Procesal Civil: y. **ATENDIENDO Primero.-** Que en cuanto a los requisitos de fondo el recurso satisface la exigencia del inciso 1° del artículo 388 del Código Procesal citado pues el recurrente no consintió la sentencia de primera Instancia que le fuera desfavorable. **Segundo.-** Respecto a los demás requisitos, el impugnante invoca como agravio la causa contenida en el inciso 2° del artículo 336 del ordenamiento procesal civil relativa a la inaplicación de una norma de derecho material. **Tercero.-** Fundamentando su recurso denuncia la inaplicación del artículo 402 inciso 6° del Código Civil, argumentando que no ha llevado una vida convivencial con la actora por lo que no tiene el deber ni la obligación de reconocer a su menor hija o que en autos se ha ofrecido la prueba del ADN de la que el a quo prescindió no obstante constituir la única prueba que determina en forma fehaciente la paternidad atribuida al recurrente. **Cuarto.-** Que dicha argumentación no satisface las exigencias de fondo del inciso 2° del artículo 388 del Código Procesal Civil, pues el recurrente no cumple con precisar cómo el supuesto hipotético contenido en la norma denunciada modificaría las conclusiones fácticas del fallo recurrido, debiendo precisarse que si bien el a quo prescindió de la referida prueba a solicitud de la actora también lo es que ella no es indispensable para amparar la pretensión incoada ya que las instancias de fallo han basado sus decisiones en los medios probatorios admitidos en la audiencia correspondiente para concluir que el recurrente es el padre biológico de la menor hija de la accionante. En consecuencia, en aplicación de lo preceptuado en el artículo 392 del Código Procesal Civil: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación de fojas ciento setentidós, interpuesto por don Alberto Cecilio Quispe Condori, en los seguidos por doña Inés Mamani Idme, sobre filiación extramatrimonial; **CONDENARON** al recurrente a la multa de tres Unidades de Referencia Procesal, así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación de recurso, **DISPUSIERON** la publicación de esta resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA; PACHAS ÁVALOS; EGÚSQUIZA ROCA; ESCARZA ESCARZA; MANSILLA NOVELLA.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: ACTUACIÓN DE PRUEBAS

Ambas partes procesales solicitaron en la audiencia de conciliación que sólo se tenga en cuenta la prueba del ADN, por lo que habiéndose prescindido de la actuación de otros medios probatorios que ofreciera la parte demandante, no se puede alegar afectación del derecho al debido proceso, sustentándose en la falta de actuación de pruebas que no han sido admitidas en el presente proceso, estando a la voluntad expresa de las partes; además, tanto el Juez como la Sala, han emitido pronunciamientos desestimando la demanda, motivándose principalmente en la valoración de la prueba del ADN actuada en el proceso.

CAS. N° 1660-2005-SANTA

Lima; ocho de agosto de dos mil cinco

VISTOS; y, CONSIDERANDO: Primero.- Que, el recurso de casación interpuesto, a fojas ciento ochentidós, por Patricia Giovanna Liñán Vásquez, por intermedio de su abogado, reúne los requisitos de forma previstos por el artículo trescientos ochentisiete del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; **Segundo.-** Que, en cuanto a los requisitos de fondo, la recurrente invoca la causal prevista en el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, denunciando: La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, pues señala que el juzgador, de conformidad con el artículo ciento noventicuatro del Código Procesal Civil, debió de haber incorporado de oficio los expedientes, de alimentos y de omisión a la asistencia familiar seguidos por la actual actora en contra del demandado; pues, si bien en la audiencia de conciliación se aceptó como único medio probatorio la prueba del ADN, el informe de dicho medio probatorio ha sido parcializado, puesto que la demandante ha señalado que durante la época de la concepción sólo ha mantenido relaciones sentimentales con el demandado, debiendo de haber valorado los medios probatorios de manera conjunta, conforme lo determina el artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil; asimismo, sostiene que la Sala, en la sentencia de vista, no señala las normas por las cuales confirma la apelada; así como ha inaplicado los principios de la Declaración de los Derechos de los Niños y la Convención Americana sobre los Derechos del Niño, lo que constituye afectación al debido proceso; **Tercero.-** Que, respecto de la causal denunciada, conforme se aprecia del pronunciamiento de las instancias de mérito, ha quedado establecido en autos que ambas partes procesales solicitaron en la audiencia de conciliación que sólo se tenga en cuenta la prueba del ADN, por lo que habiéndose prescindido de la actuación de otros medios probatorios que ofreciera la parte demandante, no se puede alegar afectación del derecho al debido proceso, sustentándose en la falta de actuación de pruebas que no han sido admitidas en el presente proceso, estando a la voluntad expresa de las partes; además, tanto el Juez como la Sala, han emitido pronunciamientos desestimando la demanda, motivándose principalmente en la valoración de la prueba del ADN actuada en el proceso, y expresando los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su decisión, conforme al inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, razones por las que carece de

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

sustento la presente denuncia de naturaleza procesal; **Cuarto.-** Que, siendo ello así, y al no haberse satisfecho las exigencias de fondo previstas en el acápite dos punto tres del inciso segundo del artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal Civil, para la procedencia del recurso de casación, el presente recurso debe desestimarse. Por estas consideraciones y de conformidad con lo preceptuado en el artículo trescientos noventidós del acotado: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto, a fojas ciento ochentidós, por Patricia Giovanna Liñán Vásquez, contra la sentencia recurrida de vista de fojas ciento setentiocho, su fecha trece de abril de dos mil cinco; **CONDENARON** a la recurrente sólo al pago de la multa de tres Unidades de Referencia Procesal, por gozar de auxilio judicial; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Patricia Giovanna Liñán Vásquez contra Javier Enrique Ávila Alcalde sobre filiación extramatrimonial; y los devolvieron.

SS. ROMÁN SANTISTEBAN; TICONA POSTIGO; LOZA ZEA; SANTOS PEÑA; PALOMINO GARCÍA.

Se advierte la vulneración por parte de la Ley Veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete de dos derechos constitucionalmente reconocidos: el derecho a la libertad y el derecho al debido proceso.

EXP. N° 180-05 (RESOLUCIÓN NÚMERO SIETE)

Puente Piedra, ocho de septiembre del año dos mil cinco.- **AUTOS Y VISTOS:** Puesto a Despacho en la fecha para resolver; y, **CONSIDERANDO:**

Primero.- El artículo cincuentiuno de la Constitución Política establece la prevalencia de la Constitución sobre toda otra norma legal, así, el artículo ciento treintiocho del mismo texto constitucional señala que en todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la primera. Asimismo, el Código Procesal Constitucional en el artículo VI de su Título Preliminar señala que cuando exista incompatibilidad de una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Por su parte el artículo catorce de la Ley Orgánica del Poder Judicial referente a la supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución indica que cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera, debiendo además elevarlas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas, en todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Segundo.- En este sentido, el Tribunal Constitucional en la Sentencia del treinta de junio de mil novecientos noventa y siete recaída en el Expediente Novecientos ocho – noventa y seis – AA/TC ha señalado que “(...) *la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución, que, como competencia se reconoce a los jueces y magistrados del Poder Judicial ... no puede realizarse en forma abstracta, sino como resultado prima facie, de la exigencia de su observancia en la dilucidación en una situación concreta de hechos controvertibles (...)*”. Así, el control difuso de constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez a quien nuestra Carta Magna ha habilitado para preservar el principio de supremacía constitucional y en general el principio de jerarquía de las normas de acuerdo a lo estipulado en el artículo cincuentiuno de nuestra Constitución Política.

Este control es un poder-deber consubstancial a la función jurisdiccional a efectos de garantizar el proceso sea constitucional, es decir, que se conduzca procesalmente y ser resuelta en cuanto al fondo conforme a normas de indubitable constitucionalidad, pues no puede reputarse como debido proceso aquel tramitado aplicando normas procesales

de cuestionable constitucionalidad o es resuelto aplicando normas sustantivas cuya inconstitucionalidad resulta evidente; siendo además que el empleo del control difuso es un acto sumamente grave y complejo en tanto que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez en principio resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado, esto lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la Ejecutoria del ocho de septiembre de mil novecientos noventinueve recaída en el Expediente ciento cuarenticinco – noventinueve – AA / TC. El control difuso pues se constituye en un mecanismo de *última ratio* al que se puede acceder única y exclusivamente cuando la inconstitucionalidad de la norma invocada es manifiesta.

Tercero.- Hay que resaltar que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política establece que las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Cuarto.- Nuestra Carta Magna en su artículo dos inciso veinticuatro el derecho a la libertad y a la seguridad personales, derecho reconocido también por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo tres, y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo siete inciso uno. Asimismo, nuestra Constitución Política en su artículo ciento treintinueve inciso tres reconoce como principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, el que también es reconocido tanto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo diez, como por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo octavo.

Quinto.- La libertad es una condición de la vida humana, es inherente a cada uno, y consiste, a decir de Stuart Mill (**citado por Isaiah Berlin en la Introducción de su texto “La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana”, Fondo de Cultura Económica, primera edición, México D.F., 2004, p. 24**) en el derecho de forjar libremente la propia vida que se quiera, la producción de circunstancias en que los hombres pueden desarrollar sus naturalezas tan variada y ricamente, siendo la única barrera la necesidad de proteger a otros hombres respecto a los mismos derechos o de proteger la seguridad común de todos ellos, de modo tal que una persona es libre en tanto ninguna institución o persona le obstaculiza, salvo para su protección. Por su parte el mismo Berlin ha señalado que coaccionar a un hombre es privarle de su libertad tanto en su vertiente negativa, entendida como el ámbito en que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros, y positiva, entendida como el concebir fines y medios propios y realizarlos (**Berlin, Isaiah; “Dos conceptos de libertad”, en: Libertad y necesidad en la historia, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1974, p. 136**).

Así expuesto, la libertad individual debe considerarse como la piedra maestra con la que se construyen todos los derechos y libertades, y en este sentido hay que señalar que al tener toda persona derecho a la autodeterminación individual, es decir, tener voluntad de acción, no puede ser obligada constitucionalmente hablando a realizar actos que vayan contra dicha autodeterminación, debiendo anteponerse los derechos constitucionales a los mandatos. Al respecto el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente número doce cincuentisiete guión dos mil uno guión AA / TC del once de noviembre de dos mil dos ha señalado que *“(...) la voluntad libre puede entenderse*

como el pleno albedrío y la posibilidad de proceder según la propia determinación. Consisten en la capacidad de poder disponer de sí mismo (...)”.

Sexto.- El derecho al debido proceso es el derecho de todos los justiciables a acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven al órgano jurisdiccional a pronunciarse de manera justa y equitativa. Sobre este punto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la Ejecutoria recaída en el Expediente N° Seis – noventisiete – AI / TC al señalar que *“el Tribunal Constitucional del Perú considera que un debido proceso es aquel en que se aplican las leyes sustantivas y adjetivas debidamente, es decir, en forma igual para los litigantes: demandante y demandado, correspondiendo al juez la obligación de cumplirlas y hacerlas cumplir”*.

Séptimo.- Al respecto también existe un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en la Sentencia del dos de febrero de dos mil uno recaída en el Caso Baena Ricardo y otros ha señalado en su párrafo ciento veinticuatro que *“si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”*. Agrega en el Párrafo ciento veinticinco que *“la Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos órdenes”*. Finalmente señala en el Párrafo ciento veintisiete que *“es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”*.

Octavo.- En el caso que nos ocupa la demandante solicita se declare la filiación de su menor hijo reputándose como padre del mismo al demandado siguiéndose el trámite establecido por la Ley Veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. La ley en mención indica en su primer artículo que quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada; y en el segundo artículo que si el demandado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido válidamente notificado, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad, suspendiéndose el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN dentro de los diez días siguientes.

Noveno.- De lo expuesto, a criterio de esta Juzgadora, se advierte la vulneración por parte de la Ley Veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete de dos derechos constitucionalmente reconocidos: el derecho a la libertad y el derecho al debido proceso.

Décimo.- Con respecto a la vulneración del derecho a la libertad cabe precisar que el segundo artículo de la Ley Veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete conmina indi-

rectamente al demandado a efectuarse la prueba de ADN dentro de los diez días de notificado como única posibilidad para que se suspenda el mandato, lo que se traduce en una aparente obligación propia del demandado cuando realmente su decisión es consecuencia de la presión del poder estatal a través de la norma en mención que indirectamente lo conmina a someterse a una única prueba para que su oposición al mandato se pueda hacer efectiva, negándosele la posibilidad de que en ejercicio de su propia libertad pueda negarse a someterse a la misma. Aplicar la ley en mención en este extremo se traduce en una coacción del demandado, vulnerándose su libertad, la que está consagrada como derecho en los artículos dos inciso veinticuatro de nuestra Carta Magna, tres de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y siete inciso primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Undécimo.- Con respecto al derecho al debido proceso hay que señalar que el hecho que con sólo presentar una demanda de filiación sin mayor exigencia de la presentación de medio probatorio alguno que pruebe lo afirmado, el Juez, sin que se haya pasado a una etapa probatoria exigida para procesos igual de complejos y trascendentes como lo es uno de las características del que nos ocupa, deba emitir una resolución declarando la filiación demandada, atenta contra el debido proceso en perjuicio del demandado pues el órgano jurisdiccional no exige la presentación de medio probatorio alguno a la demandante, así, no califica ni actúa medio probatorio previo a la emisión de la declaración de filiación que corrobore la sindicación de la demandada efectuada en su primer escrito presentado ante el órgano jurisdiccional respecto a la paternidad de su hijo cuya declaración de filiación demanda, lo que ocasiona la expedición de una resolución que declara la filiación demandada, que de modo alguno es justa para el demandado pues las partes están en desigualdad de condiciones al momento de recurrir al órgano jurisdiccional.

Otro aspecto atentatorio contra el debido proceso es el hecho que se limita el uso de medios probatorios por el demandado pues la única prueba admitida en estos procesos es la prueba de ADN. Este hecho se agrava al no existir en nuestro país una regulación especial para la realización de la prueba de ADN, en la que se regule lo referente a la acreditación de los laboratorios que realizan estas pruebas, ni se haya establecido el número de marcadores genéticos a ser analizados de lo que depende la probabilidad de certeza de dicha prueba; por otro lado la ley en mención da por válida la prueba de ADN sin considerar los márgenes de error de la misma, a lo que hay que agregar que pueden existir errores en la toma de muestras, contaminación de las mismas o manipulación de la muestra y/o resultados, a lo que se agrega el hecho que no se cuenta en el país con un registro de los centros especializados en la realización de las mismas en los que se haya establecido además un control estatal pues se desconoce si dichos centros cuentan con personal capacitado y con sólida formación ética que impida ceder ante presiones para la obtención de determinados resultados.

De lo expuesto en este considerando se infiere una abierta transgresión al debido proceso, garantía reconocida por nuestra Carta Magna en su artículo ciento treintinueve inciso tercero, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo diez y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo octavo.

Duodécimo.- Con lo expuesto en los considerandos precedentes esta Juzgadora considera que el hecho que la Ley Veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete haya sido promulgada como consecuencia de un grave problema social como es el gran número de niños, niñas y adolescentes que no han sido reconocidos por sus padres de ningún

modo puede significar la vulneración de derechos reconocidos no sólo por nuestra Carta Magna sino por documentos internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por nuestro país.

Décimo Tercero.- Por otro lado, Enrique Véscovi (citado por Alberto Hinostroza Mínguez, “La nulidad procesal (en el proceso civil)”, *Gaceta Jurídica*, segunda edición, agosto de 2002, p. 77), ha señalado que habrá la “(...) posibilidad de anular un proceso cuando existan vicios que obsten a la constitución de una relación procesal válida o se violen las garantías del debido proceso, que, en el fondo, surgen de normas jurídicas positivas. Quedaría así traducida la fórmula de ‘nulidades implícitas’, que emplea la doctrina, reconociendo la existencia de ciertos vicios que impiden el derecho fundamental de defensa en juicio, que son impugnables aun cuando la ley no lo establezca expresamente, y relevantes no sólo a pedido de parte, sino también de oficio (...)”; en este mismo sentido se ha pronunciado la Ejecutoria Suprema del veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y siete recaída en el Expediente número doscientos dieciséis – noventa y seis al señalar que “(...) la nulidad procesal es un instrumento de última ratio y sólo debe ser aplicado cuando aparezca una infracción insubsanable de algún elemento esencial de un acto procesal o cuando se vulnere uno de los principios del debido proceso”, fundamentos por los que a criterio de esta Juzgadora la resolución número dos del trece de junio de dos mil cinco, de fojas veintidós, deviene en nula.

Décimo Cuarto.- Si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo catorce dispone que en caso que un Juez aplique el control difuso los autos se elevarán en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, el Código Procesal Civil en su artículo cuatrocientos ocho, en concordancia con el artículo cuatrocientos nueve del mismo cuerpo legal, señala que es procedente la consulta contra la resolución en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria, debiéndose elevar el expediente de oficio al superior dentro de los cinco días bajo responsabilidad, a criterio de esta Juzgadora para la consulta de la presente resolución debe aplicarse el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil, norma posterior a la Ley Orgánica del Poder Judicial, él es un cuerpo legal de carácter especial acorde a las nuevas tendencias de la doctrina procesal, lo que no sucede con la segunda que no es un cuerpo legal de carácter estrictamente procesal sino que regula además temas administrativos relacionados a la estructura y administración del Poder Judicial, por lo que los presentes actuados deben ser elevados en consulta al Juzgado Mixto de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón.

Por estos fundamentos y las normas anotadas y de conformidad con lo previsto por el artículo ciento treintiocho de la Constitución Política del Perú, la señora Juez del Primer Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón;

SE RESUELVE:

- a) Declarar **nula e insubsistente** la resolución número uno del veintiséis de mayo de dos mil cinco, de fojas diecinueve, y todos los actos procesales derivados de ella;
- b) Proveyendo como corresponde la demanda interpuesta ante esta Judicatura, declarar **inaplicable** al caso materia de autos la Ley Veintiocho mil cuatrocientos cincuenta y siete;
- c) Elévese en consulta la presente resolución al Juzgado Mixto de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón.

Notifíquese.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: INAPLICACIÓN DE LA LEY N° 28457

El a quo al momento de calificar la demanda, ha declarado inaplicable la Ley número veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete, supuestamente porque vulnera los derechos de la libertad y el derecho al debido proceso, aun cuando dicha resolución no resuelve en forma definitiva el fondo de la controversia, con lo que se viene privando del derecho a la tutela judicial efectiva de la accionante, el cual igualmente es un derecho constitucional, previsto en el inciso tercero del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, en mérito al cual no se puede limitar el acceso a la justicia, más aún si su procedencia o su desestimación debe ser efectuado al momento de resolverse la oposición, conforme lo establece la misma Ley N° 28457 en su artículo 2.

EXP. 512-05

RESOLUCIÓN NÚMERO CINCO

Puente Piedra, veinte de junio del año dos mil seis

VISTOS: Dado cuenta el proceso elevado en consulta; y **CONSIDERANDO:** **PRIMERO:** Viene en consulta la Resolución número uno de fecha siete de Noviembre del año dos mil cinco, corriente de fojas diecinueve a veintitrés de autos, el cual resuelve declarar inaplicable al caso materia de autos la ley número veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete, en los seguidos por **Francisca Burja Salinas Cuenca**, con **Jaime Richard Esquen Sanjinez**, sobre filiación de paternidad, por los fundamentos que se indican en dicha resolución; que dispone elevar en consulta al Juzgado Mixto de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón; **SEGUNDO:** Si bien es cierto que el Artículo cincuentiuno de la Constitución Política del Estado dispone que tiene prevalencia frente a una norma legal de inferior jerarquía, el cual es concordante con el Artículo Ciento treintiocho de la misma Carta Magna, cuando indica que si hay incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la primera; pero también es cierto que dicha disposición constitucional se encuentra desarrollada por el Artículo catorce de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la misma que dispone que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes debe ser ejercitada al momento de fallar sobre el fondo de la cuestión de su competencia; **TERCERO:** Conforme aparece de la Resolución materia de consulta, se advierte que el **a quo** al momento de calificar la demanda, ha declarado inaplicable la Ley número veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete al caso materia de autos, supuestamente porque vulnera los derechos de la libertad y el derecho al debido proceso, aun cuando dicha resolución no resuelve en forma definitiva el fondo de la controversia, con lo que se viene privando del Derecho a la tutela judicial efectiva de la accionante, el cual igualmente es un derecho constitucional, previsto en el inciso tercero del Artículo 139 de la Constitución Política del Estado, en mérito al cual no se puede limitar al acceso a la justicia, más aún si su procedencia o su desestimación debe ser efectuado al momento de resolverse la oposición, conforme lo establece la misma Ley 28457 en su Artículo 2do; **CUARTO:**

Asimismo, la forma como se ha regulado en nuestro medio la filiación de paternidad no es nueva, ya que de la misma forma se regulan los procesos de ejecución, en donde con el auto de pago se dispone que los obligados paguen la suma de dinero adeudado, dentro del plazo de tres días; sin embargo, se les permite contradecir dicho mandato de pago, por lo que de declararse fundada dicha contradicción, no tendrá efecto dicho mandato de pago, y en caso de desestimarse la contradicción, se continuará con la ejecución, conforme lo disponen los artículos 697, 700 y siguientes del Código Procesal Civil, por lo que este juzgado considera que la norma inaplicada por la Juez en la Resolución elevada en consulta resulta ser constitucional y legal, porque las normas procesales contenidas en la Ley 28457, son normas de orden público, y que los mismos limitan la libertad de las personas para cumplir los fines del Derecho, y que el mecanismo del Derecho de defensa de los emplazados se encuentran garantizados por las leyes y la constitución, por lo que el Juzgador debe dar trámite a dicho pedido de filiación de paternidad; **QUINTO:** Finalmente debe tenerse presente que de conformidad con el Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, las normas contenidas en ella son de carácter imperativo, por lo que su transgresión se encuentra sancionada con la nulidad, conforme lo dispone el Artículo ciento setentinueve del mismo cuerpo de leyes, ya que el acto procesal elevado en consulta carece de los requisitos indispensables para obtener su finalidad, por lo que debe declararse la nulidad de dicha resolución, previa desaprobación de la resolución elevada en consulta; por esas consideraciones: se **RESUELVE: DESAPROBAR la Resolución Elevada En Consulta, Resolución Uno de fecha siete de Noviembre del año Dos Mil Cinco, de fojas diecinueve a veintitrés de autos**, la misma que declara Inaplicable al caso materia de autos la ley número veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete y se dispone elevar a este despacho en consulta; en consecuencia se dispone **la nulidad de dicha resolución** y que el Juez renueve el acto procesal afectado, emitiendo la resolución que corresponda conforme a la ley número veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete que regula el proceso de filiación de paternidad; en los seguidos por **Francisca Burja Salinas Cuenca**, con **Jaime Richard Esquen Sanjinez**, sobre filiación de paternidad; **DEVUÉLVASE** al Juzgado de Origen.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

La paternidad extrajudicial puede ser declarada cuando el presunto padre hubiese vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción;...la diligencia de exhibición practicada por el Hotel Claridge corriente a fojas setentinueve y ochenta, solamente se demuestra que la accionante se hospedó con el demandado con posterioridad al nacimiento de la menor mencionada, siendo insuficiente por sí solas para demostrar lo contrario de las declaraciones testimoniales

EXP. N° 6790-87

Materia: Declaración Judicial de Paternidad Extramatrimonial

Juzgado: 17° Juzgado Civil de Lima

RESOLUCIÓN

Lima, veinticuatro de marzo de mil novecientos ochentiocho

VISTOS; resulta de autos; con el cuaderno de tacha derivado de los autos principales; que por escrito de fojas tres, doña Natalia Cecilia Soria Saavedra interpone demanda de filiación extramatrimonial contra don Antonio Jorge Wong Falcón, a fin de que se declare que es padre de la menor Carol Melody Wong Soria, nacida el seis de agosto de mil novecientos ochentiséis; manifiesta, que se conoció con el demandado en mil novecientos ochentidós en forma circunstancial en la Ciudad de Lima, con quién trabó amistad procurándole su dirección domiciliaria en la Calle 1 número cuatrocientos setentiocho, segundo piso, distrito del Rímac, en donde comenzó a visitarla y frecuentarla; que los años de mil novecientos ochentitrés a mil novecientos ochenticinco transcurrieron como enamorados, manteniendo relaciones extramatrimoniales en los lugares que el demandado la llevaba y muchas veces en la casa de la accionante, por lo que en el mes de noviembre resultó en estado de gestación, y durante los mencionados años el emplazado siempre le brindó ayuda; que al enterarse el demandado la situación de gestante de la actora la inscribió en el Instituto de Seguridad Social mediante carta de dos de Julio de mil novecientos ochentiséis, y como trabajadora de la Empresa Paladín SRL., en cuyas planillas figura; que su menor hija mencionada vive en situación de estado constante de hija del demandado y en condición de hija extramatrimonial; que desde el seis de agosto de mil novecientos ochentisiete el demandado se ha desentendido por completo con sus obligaciones de padre, negándose a firmar e inscribir la partida de nacimiento en la Municipalidad respectiva; ampara su demanda en lo dispuesto por el artículo cuatrocientos dos inciso tercero y siguientes del Código Civil; corrido traslado de la demanda, esta fue absuelta por el demandado mediante recurso de fojas diez y once, negando y contradiciendo la misma según los términos allí expuestos, deduciendo la excepción de inoficiosidad de la demanda, y reconviene a fin de que la demandante le abone la suma de doscientos mil intis por los daños y perjuicios irrogados, trámite que fue absuelto a fojas catorce y quince; recibida la causa aprueba, actúadas las pruebas ofrecidas; vencido el término probatorio, así como el de alegatos; se ha dictado autos con citación para sentencia y; **CONSIDERANDO** que la excepción de

inoficiosidad de la demanda deducido por el emplazado en el segundo otrosí de su recurso de fojas diez, debe desestimarse, por cuanto la acción ha sido dirigida expresamente contra don Antonio Wong Falcón en su calidad de demandado; que en cuanto al fondo de la acción debe indicarse, que la actora solicita la declaración judicial de filiación extramatrimonial de su hija Carol Melody, aduciendo que ha vivido en estado de concubinato con el demandado, amparándose en lo dispuesto por el artículo cuatrocientos dos inciso tres del Código Civil; que al respecto, debe señalarse que conforme se desprende del acta de nacimiento de fojas dos de fecha seis de agosto de mil novecientos ochentiséis, se produjo el nacimiento de la menor antes citada, habiéndose consignado como padre de la misma al citado emplazado, desprendiéndose de la instrumental referida que, la menor no ha merecido el reconocimiento por parte del demandado; que conforme lo establece el numeral antes citado la paternidad extrajudicial puede ser declarada cuando el presunto padre hubiese vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción; que a través del procedimiento la actora no ha demostrado en forma fehaciente que hubiera vivido en concubinato con el demandado; toda vez que la diligencia de exhibición practicada por el Hotel Claridge corriente a fojas setentinueve y ochenta, solamente demuestra que la accionante se hospedó con el demandado el cinco de enero del año próximo pasado, es decir con posterioridad al nacimiento de la menor mencionada, siendo insuficiente por sí solas para demostrar lo contrario las declaraciones testimoniales actuadas a fojas cincuentidós, cincuenticuatro, cincuentiséis, cincuentiocho, sesentidós y ciento cuarenticinco a cientocincuentiuno en vía de diligencia preparatoria, tanto más que las mismas no se encuentran corroboradas con otros elementos probatorios; de otro lado, debe señalarse, que tal como se desprende de la partida corriente a fojas ciento cuatro repetida a fojas ciento veinticinco, la demandante contrajo matrimonio con don Victoriano Torres Angeles en mil novecientos setentiocho, habiéndose disuelto el vínculo matrimonial con fecha primero de octubre de mil novecientos ochentiséis, hecho que se corrobora con los instrumentales de fojas ciento treinticinco a ciento treintiocho, que siendo esto así, debe tenerse en consideración lo dispuesto por el artículo trescientos sesentiuno del Código citado el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días a su disolución tiene por padre al marido, habiendo nacido la aludida menor antes de la disolución del vínculo matrimonial; por lo que la presente acción deviene infundada; que la reconvencción interpuesta por el emplazado en el tercer otrosí de su escrito de contestación a la demanda debe desestimarse, por cuanto la actora ha tenido motivos atendibles para interponer la presente acción, más aún que conforme lo dispone el inciso primero del artículo mil novecientos setentiuno del acotado, no existe responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho; que la tacha formulada por el demandado en el primer otrosí de su citado recurso contra la partida de fojas dos deviene sin lugar, por cuanto la misma está referida a su valor como medio probatorio que ya ha sido estimada por el juzgador, y no las cuestiones de carácter formal; que la impugnación formulada por la demandante a fojas ciento doce contra el informe de fojas ciento diez, debe desestimarse, en razón de que la misma está referida a su valor como medio de probanza; que la tacha formulada por el emplazado a fojas ciento sesentiuno contra las diligencias preparatorias de fojas ciento cuarentiuno a ciento cincuentidós, deviene sin lugar, en razón de que las mismas son actuados judiciales que merecen fe respecto al acto verificado, tanto más que el juzgador ya ha meritado el valor probatorio de los mismos; que la tacha de testigos formulado por el emplazado a fojas uno del cuaderno correspondiente, debe desestimarse, en razón de no haberse probado los fundamentos de la misma;

que las confesiones prestadas por la demandante a fojas ochentitrés y el demandado a fojas cuarentisiete por ser negativas a las pretensiones de las partes, así como las instrumentales de fojas dieciséis a veinticinco, treinta a treinticuatro, cuarentitrés, cuarenticuatro, setentacinco, noventisiete, ciento diez, ciento diecisiete a por la demandante a fojas ochentitrés y el demandado a fojas cuarentisiete por ser negativas a las pretensiones de las partes ciento veinticuatro y ciento sesentacinco, no alteran las consideraciones precedentes; por cuyas razones, y estando a lo dispuesto por el artículo trescientos treintiocho del Código de Procedimientos Civiles, **FALLO:** declarando sin lugar la excepción de inoficiosidad de la demanda, deducido por el demandado en su recurso de contestación de fojas 10; improcedente la reconvencción interpuesta por el mismo emplazado en su citado escrito; sin lugar la tacha formulada por el emplazado en el primer otrosí de su referido recurso; sin lugar la impugnación formulada por el accionante a fojas ciento doce; sin lugar la tacha formulada por el emplazado a fojas ciento sesentiuno; sin lugar la tacha de testigos formuladas por el demandado a fojas uno del incidente que se tiene a la vista; e infundada la demanda de fojas tres; sin costas.-

EXPEDIENTE N° 589-88 (2C)

CUARTA SALA CIVIL

4ta. FIS. SUP. CIVIL

DICTAMEN FISCAL N° 435-88-MP-4FSC-LIMA

Señor:

Viene en apelación la resolución de fs. 170-171, su fecha 24 de Marzo de 1988; que falla declarando infundada la demanda de fs. 3 sin costas, en los autos promovidos por doña Natalia Cecilia Soria Saavedra contra don Antonio Jorge Wong Falcón, sobre Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial.

Del análisis de lo actuado aparece que, la accionante ampara su pedido a tenor a lo dispuesto por el art. 402 inc. 3° del Código Civil, que terminantemente dice: “La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada, cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción; pero en el caso de autos la demandante no ha demostrado en forma fehaciente que hubiere vivido en concubinato con el emplazado; toda vez que de la diligencia de exhibición practicada por el Hotel Claridge corriente a fs. 79 y 80, solamente se demuestra que la actora se hospedó con el demandado el 5 de Enero de 1987, es decir con posterioridad al nacimiento de la menor Carol Melody; a fs. 125 corre la partida en la que se aprecia que la demandante contrajo matrimonio con don Victoriano Torres Angeles en 1978, disolviéndose el vínculo matrimonial el 01 de Octubre de 1986, hecho que se corrobora con las instrumentales de fs. 135 a 138; siendo de aplicación el art. 361 del Código Civil que establece que “el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”, por lo que habiendo nacido la menor Carol Melody antes de la disolución del vínculo matrimonial deviene infundada la acción planteada por la actora; en cuanto a la excepción de inoficiosidad de la demanda deducida por el demandado en su recurso de contestación a la demanda de fs. 10, la tacha formulada por el emplazado en el primer otrosí de su referido recurso, la impugnación formulada por el accionante al informe de la Dirección de Licencias Especiales, la tacha formulada por el emplazado a diligencias preparatorias la tacha de testigos formuladas por el demandado a fs. 1 del acompañado que se tiene a la vista,

devienen sin lugar toda vez que no han sido probados durante el séquito del proceso, así mismo la reconvencción interpuesta por el emplazado deviene improcedente.

Por las consideraciones precedentes, este Ministerio Público concluye opinando que la sentencia materia de grado debe ser **CONFIRMADA**.

Lima, 27 de diciembre de 1988.

EXP. N° 589-88

Lima, diecisiete de abril de mil novecientos ochentinueve

VISTOS; con los acompañados que se tiene a la vista, y que han sido mandados traer en esta Instancia, de conformidad con el dictamen de fojas doscientos treintidós, por los fundamentos de la apelada; y, **CONSIDERANDO** además: que la demandante ha sostenido su demanda en el inciso tercero del artículo cuatrocientos dos del Código Civil que hace precedente la declaración de filiación extramatrimonial cuando el presunto padre haya vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción, presupuesto que no puede ser de aplicación en el caso de autos toda vez que, en la época se encontraba subsistente el vínculo matrimonial contraído con Newton Victoriano Torres Angeles conforme aparece del certificado obrante a fojas dos del acompañado sobre separación de cuerpos que se tiene a la vista, cabiendo señalar además que de lo actuado no se acredita haberse producido la contestación de paternidad a que se refiere el art. cuatrocientos cuatro del acotado; **CONFIRMARON** la sentencia de fojas ciento setenta su fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos ochentiocho, que declara Infundada la demanda de fojas tres; con lo demás que contiene y es materia de la apelación los devolvieron.

CUARTA SALA CIVIL.

GIUSTI ACUÑA; MUÑOZ DE LA CRUZ; VÁSQUEZ CORTEZ.

FILIACIÓN MATRIMONIAL

FILIACIÓN MATRIMONIAL: ADOPCIÓN TUTELAR

Debe ampararse la adopción si de la visita social efectuada en el domicilio de la actora se observa que ésta y el menor –a quien se pretende adoptar– han llegado a establecer lazos afectivos profundos, similares al de una relación materno-filial normal; además que la solicitante tiene la guarda provisional de éste cerca de ocho años.

Si quien adopta es una sola persona cuyo estado civil es el de divorciada, son sus apellidos los que llevará el menor, en aplicación del art. 22 del Código Civil.

EXP. N° 949-97

SALA DE FAMILIA

Lima, veintiuno de setiembre de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS; interviniendo como vocal ponente el señor Mansilla Novella: por sus fundamentos, de conformidad con lo opinado por la señora fiscal superior en su dictamen de fojas ochenta; y, **CONSIDERANDO**, además: **Primero.-** Que, la presente causa es elevada en consulta al haber estado representada la parte demandada por curador procesal; **Segundo.-** Que, doña Magda Rojas Torres solicita la adopción del menor “NN Mario” de quien tiene la guarda provisional desde el año mil novecientos noventa y uno por orden del Sexto Juzgado de Menores (de ese entonces); y, a quien viene identificando como Carlos Mario Rojas Torres; **Tercero.-** Que, de la actuación de los medios probatorios, en especial de la visita social efectuada al domicilio de la actora, cuya acta obra de fojas cuarentinueve a cincuenta y uno, puede observarse que ésta y el menor a quien se pretende adoptar han llegado a establecer lazos efectivos profundos similares al de una relación materno-filial normal; **Cuarto.-** Que, este Colegiado considera que es necesario precisar lo concerniente al nombre del menor a quien se está adoptando, pues se advierte del texto del acta de audiencia única (fojas cuarentiocho) que en el Juzgado de Familia de origen se le indicó a doña Magda Rojas Torres que el niño Carlos Mario no podría llevar sus dos apellidos; preguntándole posteriormente qué apellidos llevaría éste; **Quinto.-** Que, al respecto debe tenerse en cuenta lo preceptuado en el artículo 22° del Código Civil que estipula que el adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes; **Sexto.-** Que, en el caso de autos, quien adopta es una sola persona cuyo estado civil es el de divorciada, por lo que son sus apellidos los que llevará el menor, quien ya viene siendo identificado con ellos; y, **Sétimo.-** Que, en toda decisión que adopte el Estado a través del Poder Judicial, tendrá en cuenta el interés superior del niño o adolescente, así como el respeto a sus derechos; fundamentos por los que: **APROBARON** la sentencia elevada en consulta obrante de fojas cincuentisiete

a sesenta, su fecha diez de febrero del presente año, corregida por resolución de fojas sesentitrés, de fecha seis de abril del presente año, en el extremo que declara fundada la solicitud de adopción efectuada por doña Magda Rojas Torres; y en consecuencia el menor “NN Mario”, es su hijo; **DESAPROBARON**, en el extremo en que ordena que el menor sea identificado desde ese momento en adelante como Carlos Mario Rojas Rojas; **REFORMÁNDOLO**: dispusieron que el nombre del menor de ahora en adelante será el de Carlos Mario Rojas Torres: con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS. PALOMINO THOMPSON; MANSILLA NOVELLA; HUERTA HERRERA.



FILIACIÓN MATRIMONIAL: RECONOCIMIENTO DE HIJO POR PERSONA DISTINTA DEL ESPOSO

La regla establecida de que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, no tiene carácter absoluto, ni puede oponerse a la realidad, pues en este caso el hijo fue reconocido por un tercero que no era el esposo, reconocimiento que no admite modalidad y es irrevocable.

EXP. N° 1903-97A

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

SALA DE PROCESOS ABREVIADOS Y DE CONOCIMIENTO

Lima, 13 de agosto de 1998

VISTOS, interviniendo como Ponente la señorita vocal Barrera Utano; y **CONSIDERANDO**: además; **Primero.-** Que, si bien el artículo 361 del Código Civil preceptúa que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, esta regla no tiene carácter absoluto, ni puede oponerse a la realidad; **Segundo.-** Que, la paternidad de XXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXX no corresponde a don Lizandro Tuesta Cotrina, por estar casado con la demandada, según fojas 4, sino a Jesús Eloy Barrientos Peña, quien reconoció ser su hijo en la partida de fojas 3, siendo la firma que se le atribuye la que proviene de su puño gráfico el cual además no negó dicho reconocimiento en el plazo que faculta el artículo 400 del citado Código Civil; **Tercero.-** Que, a mayor abundamiento según el artículo 395 del Código Sustantivo citado el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable; **CONFIRMARON** la sentencia de fojas 344 a 352, su fecha 13 de febrero de 1998, que declara **INFUNDADA** la demanda de fojas 7 a 10, interpuesta por Jesús Eloy Barrientos Peña contra Tula Francisca Tomaylla sobre nulidad de acto jurídico y otros y los devolvieron.

SS. CARBAJAL PORTOCARRERO; RAMOS LORENZO; BARRERA UTANO.

FILIACIÓN MATRIMONIAL: PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

La presunción de paternidad en la filiación matrimonial sólo es aplicable si es que se cumple con los siguientes requisitos: a) el matrimonio de los progenitores y el nacimiento del hijo dentro del matrimonio y, b) que la cónyuge sea la madre biológica del menor, para que sea aplicable la presunción de paternidad es requisito necesario el parto de la mujer casada y la identidad del hijo en cuestión por el alumbramiento.

CAS. N° 2657-98-LIMA

Lima, 04 de mayo de 1999

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la causa vista en Audiencia Pública de la fecha del año en curso, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por Reynaldo Benjamín Espinoza Fonseca contra la sentencia de vista expedida por la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima a fojas 214, su fecha 15 de setiembre de 1998, que confirma en todos sus extremos la apelada de fojas 159, del 11 de junio del mismo año, que declara improcedente la demanda de negación de paternidad e infundada la nulidad de partida de nacimiento; con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Sala mediante resolución del 24 de noviembre de 1998 ha estimado procedente el Recurso de Casación por las siguientes causales: 1) la aplicación indebida de los Arts. 361 y 364 del Código Civil, fundamentándose en que la presunción de paternidad en los casos de filiación matrimonial sólo es aplicable cuando la cónyuge sea la madre biológica, sin embargo, en el presente caso se ha acreditado que el menor Jonathan Alexis tiene por padres biológicos a terceras personas, en tal virtud, no resulta aplicable la presunción de paternidad contenida en el Art. 361 del Código Civil; adicionalmente agrega el impugnante, que no siendo aplicable la presunción de paternidad, en el caso de filiación matrimonial, deviene en inaplicable el plazo de caducidad previsto en el Art. 364 del Código Civil; 2) la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, señalándose los siguientes agravios: a) que se ha valorado pruebas de la parte demandada, no obstante haber sido declarado rebelde; b) que existe error en la sentencia de vista al considerar que la pretensión de nulidad de partida de nacimiento es accesoria.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, respecto al agravio de que se han valorado pruebas no admitidas, cabe precisar, que en la sentencia de vista se concluye que el demandante conocía con exceso el plazo de 90 días que fija el Art. 364 del Código Civil, la inscripción de la partida de nacimiento del menor Jhonatán Alexis, este hecho se sustenta en dos medios probatorios: a) el hecho propio del demandante, quien en su escrito de demanda reconoce

que con anterioridad conocía la inscripción de la citada partida; b) la declaración inestructiva de Reynaldo Espinoza, quien en el proceso que se le siguió por faltas contra la persona reconoció tácitamente que conocía con anterioridad la inscripción de la citada partida.

Segundo.- Que, la prueba del acta de declaración inestructiva de Reynaldo Espinoza no fue admitida en el presente proceso, sin embargo, la sentencia de vista también se sustenta en un hecho propio del demandante, en tal sentido, aun cuando no hubiera sido valorada el acta de declaración de inestructiva el sentido de la resolución no hubiera cambiado, en consecuencia, no corresponde casar la sentencia de vista cuando la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución.

Tercero.- Que, respecto al agravio de que se ha considerado como pretensión accesoria de la partida de nacimiento, cabe precisar, que el demandante, fundamentalmente pretende que se declare la nulidad de la partida de nacimiento, por cuanto sostiene que el menor Jonathan Alexis no es su hijo, en consecuencia, la nulidad de la partida de nacimiento tiene la calidad de accesoria respecto a la pretensión principal de negación de paternidad.

Cuarto.- Que, respecto a la denuncia de aplicación indebida de normas materiales, es necesario precisar que, la presunción de paternidad en la filiación matrimonial sólo es aplicable si es que se cumple con los siguientes requisitos: a) el matrimonio de los progenitores y el nacimiento del hijo dentro del matrimonio y, b) que la cónyuge sea la madre biológica del menor, para que sea aplicable la presunción de paternidad es requisito necesario el parto de la mujer casada y la identidad del hijo en cuestión por el alumbramiento, esta posición se encuentra corroborada con lo sostenido por el tratadista nacional Javier Rolando Peralta Andía en su libro Derecho de Familia en el Código Civil, Sexta Edición, pág. 283.

Quinto.- Que, existe aplicación indebida cuando el hecho acreditado en autos no se adecua o subsume dentro del supuesto de la norma invocada, en el presente caso, el Art. 361 del Código Civil exige el parto de la mujer casada, en consecuencia, habiéndose acreditado en las instancias de mérito que el menor Jonathan Alexis tiene por padres biológicos a terceros, no resulta aplicable al presente caso el Art. 361 del Código Civil.

Sexto.- Que, con respecto al plazo de caducidad que fija el Art. 364 del Código Civil, es necesario precisar que, la mencionada norma sólo es aplicable a los casos de presunción de paternidad en la filiación matrimonial, en consecuencia, la citada norma también ha sido aplicada indebidamente.

Sétimo.- Que, no siendo aplicable la presunción de paternidad y habiéndose acreditado en las instancias de mérito que el menor Jonathan Alexis tiene por padres a terceros, resulta pertinente declarar fundado el extremo de la demanda de negación de paternidad y fundado el extremo de la demanda de nulidad de partida de nacimiento.

1. SENTENCIA:

Por los fundamentos expuestos, de conformidad con el dictamen de la Señorita Fiscal Supremo, La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, declara **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por Reynaldo Benjamín Espinoza Fonseca, y en consecuencia **CASAR** la sentencia de vistas de fojas 214 su fecha 15 de setiembre de 1998; y actuando como órgano de instancia; **REVOCARON** la apelada de fojas 159 de fecha

11 de junio del mismo año, que declara improcedente el extremo de la demanda de negación de paternidad e infundado el extremo de nulidad de partida de nacimiento; **REFORMÁNDOLA** declararon fundada en todos sus extremos la demanda de negación de paternidad y de nulidad de partida de nacimiento; en consecuencia, nula la partida de nacimiento N° 01094 inscrita en la Oficina del Registro del Estado Civil de la Municipalidad Provincial de Morropón - Chulucanas departamento de Piura; con costas y costos; en los seguidos con Laura Nima Benites, sobre negación de paternidad y otro concepto; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano; bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. PANTOJA; IBERICO; RONCALLA; OVIEDO DE A.; CELIS.



FILIACIÓN MATRIMONIAL: ALIMENTOS POR CAUSA DE PATERNIDAD

La madre del menor no ha incurrido en el ejercicio abusivo de un derecho al solicitar alimentos para el referido menor, ya que el derecho de pedir alimentos es intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable. El padre del menor está obligado a prestar alimentos, y como éste nació durante el matrimonio, tiene por padre al marido.

EXP. N° 902-99

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

SALA DE PROCESOS DE CONOCIMIENTO Y ABREVIADO

Lima, 29 de diciembre de 1999

VISTOS; interviniendo como vocal ponente el Sr. Chahud Sierralta; por sus fundamentos, y **CONSIDERANDO además: Primero.-** Que, se ha demandado el pago de una indemnización por ejercicio abusivo de un derecho; **Segundo.-** Que, como se aprecia de fs. 56 de autos, se dispuso que se admita a trámite la demanda, considerando que en el transcurso del proceso se podía esclarecer la cuestión controvertida, lo que sería materia de la decisión que ponga término a la litis; **Tercero.-** Que, en la audiencia de Conciliación de fs. 69, se fijaron como puntos controvertidos los de: 1) establecer si ha existido un abuso de derecho de la demandada al haber demandado una pensión alimenticia contra don Carlos Fernández Rodríguez a favor del menor Jonathan Fernández Méndez; 2) determinar si dicho abuso de derecho está referido a que el menor no es hijo de Carlos Fernández Rodríguez; 3) establecer si dicho abuso de derecho ha ocasionado daños y perjuicios a la demandante, que haya dado lugar a una crisis económica insostenible; 4) establecer si la demanda va a estar impedida si fuere el caso a continuar con los procesos de alimentos referidos en el petitorio de la demanda; 5) determinar si la indemnización que por el abuso del derecho reclamado deba ascender a la suma de 60 mil dólares americanos; **Cuarto.-** Que, es fundamento principal de la demanda, que el menor Jonathan Fernández Méndez no es hijo de Carlos Fernández Rodríguez, argumento que obviamente cuestiona la paternidad de este último respecto al referido menor; **Quinto.-** Que, al respecto se debe tener en cuenta que el art. 361 del C.C. establece que: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. **Sexto.-** Que, asimismo, el art. 364 del mismo Código establece que: “La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de 90 días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente”. **Sétimo.-** Que, el art. 369 del C.C. establece que: “La acción se interpone conjuntamente contra el hijo y la madre, observándose, en su caso lo dispuesto en el art. 606, inc. 1°”. **Octavo.-** Que, el esclarecimiento de la cuestión jurídica controvertida se realiza a través de la actuación de los medios probatorios ofrecidos conforme a lo dispuesto en el art. 188 del C.P.C.; **Noveno.-** Que, de lo actuado en el proceso se advierte que a fs. 6 obra la Partida de Matrimonio expedida por el Concejo Distrital de Pueblo Libre, en la que consta que Carlos Noé Fernández Rodríguez contrajo matrimonio con Marta Elena

Méndez Chocano (la ahora demandada) con fecha 29 de octubre de 1982; **Décimo.-** Que, de la referida Partida de Matrimonio también se aprecia que con fecha 14 de marzo de 1994 se asentó en la misma sentencia de fecha 16 de julio de 1993 que declara disuelto el vínculo matrimonial; **Décimo Primero.-** Que, a fs. 3 de autos obra el Acta de Nacimiento expedida por la Municipalidad de Miraflores en la que consta que el menor Jonathan Carlos Fernández Méndez nació el 24 de diciembre de 1985; **Décimo Segundo.-** Que, de los documentos referidos se advierte que el menor Jonathan Carlos Fernández Méndez nació durante el matrimonio de Carlos Noé Fernández Rodríguez con Martha Elena Méndez Chocano (la ahora demandada), por lo que conforme a lo establecido en el art. 361 del C.C. , tiene por padre al marido; **Décimo Tercero.-** Que, en autos no se ha acreditado que el marido Carlos Noé Fernández Rodríguez haya interpuesto la acción contestatoria contra el hijo y la madre, conforme a lo establecido en los arts. 364 y 369 del C.C. ; **Décimo Cuarto.-** Que, de lo expuesto se concluye que Carlos Noé Fernández Rodríguez es padre del menor Jonathan Fernández Méndez, y que siendo esto así, está obligado a prestar alimentos conforme al inciso 2 del art. 474 del C.C. , razón por la cual la madre del menor, Marta Elena Méndez Chocano (ahora demandada), no ha incurrido en el ejercicio abusivo de un derecho al solicitar alimentos para el referido menor; además el art. 487 del C.C. establece que el derecho de pedir alimentos es intransmisible, irrenunciable, intransigible, e incompensable; **Décimo Quinto.-** Que, de lo expuesto se concluye que no existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio de la demanda; **Décimo Sexto.-** Que, el inciso 5 del art. 42 del C.P.C. establece que el juez declara improcedente la demanda cuando no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio; **Décimo Séptimo.-** Que, en base a estos hechos, y conforme a lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 121 del C.P.C., cabe en esta etapa, emitir pronunciamiento respecto a la validez de la relación procesal; **Décimo Octavo.-** Que, respecto a la prueba de ADN admitida y no actuada, es necesario tener en cuenta que su actuación en nada modificaría lo antes razonado; consideraciones por las cuales **CONFIRMARON** la sentencia apelada, de fs. 204 a 206, de fecha 31 de marzo de 1999, que declara improcedente la demanda; con lo demás que contiene; y los devolvieron; en los seguidos por Zoila Izquierdo Benites Fernández con María Méndez Chocano sobre Indemnización.-

SS. AGUADO SOTOMAYOR; GASTAÑADUI RAMIREZ; CHAHUD SIERRAL.

FILIACIÓN MATRIMONIAL: EXCLUSIÓN DE NOMBRE

Al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido y como en este caso el demandante no ha reconocido a los menores, éstos no pueden llevar su apellido. El demandante pretende que se excluya su nombre como presunto padre de ellos negando su reconocimiento a través de una acción que no está en sí destinada a negar el reconocimiento, sino a efectuar una exclusión de nombre.

CAS. N° 1868-97-CHINCHA

Lima, 3 de noviembre de 1998

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.- Vista la Causa número 1868-97 en la Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por don Jesús Talla Torres, mediante escrito de fojas 571, contra la resolución emitida por la Sala Mixta Descentralizada de Chincha de fojas 579, su fecha 12 de agosto de 1997, que confirmando la apelada de fojas 277, su fecha 13 de mayo de 1997, declara infundada la demanda de exclusión de nombre.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Que, concedida la casación a fojas 582, fue declarada procedente por resolución de fecha 28 de noviembre de 1997, por los incisos 1° y 2° del Art. 386 del Código Procesal Civil, sustentada en: a) la interpretación errónea del Art. 400 del Código Civil, porque la demandada es casada con otra persona, y, b) la inaplicación del Art. 5° de la Constitución del Estado y de los Arts. 362, 364 y 367 del Código Sustantivo, porque estando casada la actora el hijo se presume matrimonial y la acción contestatoria le corresponde al marido y no a don Jesús Talla Torres.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, la demandada ha admitido al absolver el traslado de la demanda, que es casada con don Oscar Freddy Chacaliza Magallanes.

Segundo.- Que, el Art. 362 del Código Civil dispone que el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.

Tercero.- Que, el Art. 363 del Código acotado permite que el marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo y el Art. 364 del mismo Código señala como plazo para la interposición de la acción contestatoria que le corresponde al marido el término de 90 días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.

Cuarto.- Que, según el Art. 367 del Código acotado son titulares de la acción contestatoria el marido o sus herederos y sus ascendientes.

Quinto.- Que, el demandante no ha reconocido a los dos menores, respecto de los cuales pretende se excluya el nombre del actor como presunto padre de ellos.

Sexto.- Que, el Art. 396 del citado Código Civil dispone que el hijo de la mujer casada no puede ser reconocido sino después que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

Sétimo.- Que, el Art. 21 del Código Civil establece que al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido y como en este caso el demandante no ha reconocido a los menores, ni puede hacerlo de acuerdo con el Art. 396 del Código Civil antes citado, los menores no pueden llevar su apellido.

Octavo.- Que, más aún, el Art. 400 del Código Civil invocado en la sentencia de vista, resulta inaplicable, porque no se trata de una acción para negar el reconocimiento, sino de una exclusión de nombre, ya que el demandante no ha reconocido a los menores.

Noveno.- Que, en consecuencia se han presentado las causales de los incisos 1º y 2º del Art. 386 del Código Adjetivo.

Décimo.- Que, por las razones expuestas y de conformidad con el inciso 1º del Art. 396 del Código Procesal Civil, con lo expuesto por la señorita Fiscal Suprema; declararon **FUNDADO** el Recurso de Casación de fojas 571 interpuesto por don Jesús Talla Torres; y en consecuencia **NULA** la resolución de vista de fojas 569, su fecha 12 de agosto de 1997, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Chincha; y actuando en sede de instancia; **REVOCARON** la apelada de fojas 277, su fecha 13 de mayo de 1997, que declara infundada la demanda de fojas 44; y reformándola declararon **FUNDADA** la demanda en la parte que solicita se excluya de las partidas de nacimiento de los menores Viviana Yoselin y Harold Jesús Talla Jacobo, el nombre del padre don Jesús Talla Torres e **IMPROCEDENTE** en cuanto se acciona sobre impugnación de las partidas de nacimiento; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano; en los seguidos por con Mariella Jacobo de Chacaliaza, sobre exclusión de nombre y otro; y los devolvieron.

SS. URRELLO A.; ALMENARA B.; VÁSQUEZ C; ECHEVARRÍA A.; CELIS Z.

EXP. N° 1868/97

RECURSO DE CASACIÓN

SALA CIVIL

CHINCHA

DICTAMEN N° 142-98

Señor Presidente:

Jesús Talla Torres interpone Recurso de Casación contra la sentencia de vista de fs. 569, su fecha 12 de agosto de 1997, que confirma la apelada de fs. 277 que declara infundada la demanda presentada por el recurrente contra Mariella Jacobo de Chacaliaza sobre exclusión de nombre.

Por resolución de fecha 28 de noviembre de 1997 se declara procedente el Recurso de Casación respecto a la interpretación errónea e inaplicación de las normas mencionadas por el recurrente, de conformidad con los Incs. 1) y 2) del Art. 386 del Código

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Procesal Civil. Que por disposición expresa del Art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Resolución Legislativa N° 25278 publicada el 4 de agosto de 1990; concordante con el Art. VIII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; en toda medida concerniente al niño y adolescente se considerará primordialmente el interés superior de éste y el respeto a sus derechos; que el derecho a nombre, sustento de los derechos de identidad personal, la nacionalidad, así como el derecho a conocer a sus padres y ser registrado en el registro civil correspondiente por su madre o responsable inmediatamente después de su nacimiento, son reconocidos en los Arts. 7° de la Convención y 6° del Código de los Niños y Adolescentes, normas posteriores al Código Civil de 1984.

Atendiendo a que el Art. 400 del Código Civil ha sido debidamente interpretado en la sentencia de vista; que el Art. 5° de la Constitución Política es inaplicable al caso de autos, pues sólo surte efectos patrimoniales, no personales, que la presunción contenida en el Art. 362° del Código Civil admite prueba en contrario y en autos existen suficientes elementos probatorios sobre la paternidad del accionante; que, finalmente, los Arts. 364° y 367° regulan la filiación matrimonial y en consecuencia no son aplicables al presente caso; por lo que este Ministerio es de opinión que se declare **INFUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto a fs. 571.

Lima, 30 de setiembre de 1998.

FLORA ADELAIDA BOLÍVAR ARTEAGA

Fiscal Suprema de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Civil

FILIACIÓN MATRIMONIAL: PATERNIDAD COMO ENGAÑO PARA CASARSE

Se ha señalado en la resolución recurrida que el motivo determinante del matrimonio fue el accionar doloso de la demandada al hacerle creer al demandante que este era quien la había embarazado, incurriéndose en error pues el cónyuge ha sido determinado al matrimonio mediante un engaño sin el cual no se hubiera casado, por lo cual procede la impugnación de la paternidad.

CAS. N° 1347-00-HUAURA

Lima, 13 de noviembre de 2000

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República; Vista la causa N° 1347-00; en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por doña Iris Fresia Ulleno Samanamud contra la Sentencia de Vista de fojas 249, su fecha 3 de mayo de 2000, que revocando la apelada de fojas 204, su fecha 14 de enero de 2000, en cuanto declara nula el acta de nacimiento del niño Hugo Emilio Trujillo Ulleno, reformándola declara nula el acta de nacimiento únicamente en cuanto consigna como padre al demandante, quedando subsistente lo demás que contiene, la confirma en cuanto declara nula el acta de matrimonio de Elmer Hugo Trujillo Hidalgo con Iris Fresia Ulleno Samanamud, y en cuanto declara que el demandante no es padre biológico del menor Hugo Emilio Trujillo Ulleno, la revoca en el extremo que declara infundada la pretensión de indemnización y en cuanto condena a la demandada al pago de costas y costos del proceso, y reformándola exoneraron a la demandada del pago de costas y costos del proceso y declararon fundada la pretensión de indemnización, e integrándola ordenaron que la demandada devuelva las sumas cobradas por concepto de alimentos.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Corte mediante Ejecutoria Suprema de fecha 12 de julio de 2000, ha declarado procedente por las causales de **a)** la inaplicación del artículo 364 del Código Civil que establece un plazo de caducidad para la impugnación de la paternidad; y **b)** la aplicación indebida del inciso 5° del artículo 277 del Código Civil por considerar que no se le atribuye una conducta deshonrosa excediéndose la Corte en la facultad que le confiere el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, en lo que se refiere a la denuncia por inaplicación debe señalarse en primer lugar que conforme a los artículos 2003 y 2006 del Código Civil la caducidad extingue tanto el derecho como la acción correspondiente y puede ser declarada de oficio por el Juzgador.

Segundo.- Que, el plazo contenido en el artículo 364 del Código Civil es uno de caducidad y debe computarse en el presente caso desde la fecha del parto por haber estado

presente el actor, y tiene su razón de ser en la defensa de la tranquilidad de los hogares y de la estabilidad social.

Tercero.- Que, en consecuencia, a la fecha de interposición de la demanda había caducado el derecho del demandante para interponer la presente demanda de impugnación de paternidad, lo que no ha sido observado por las instancias de mérito pese a que la caducidad debe declararse de oficio.

Cuarto.- Que, en cuanto a la segunda denuncia debe señalarse que el inciso 5° del artículo 277 del Código Civil ha sido expresamente invocado en la demanda incoada, siendo que dicha norma regula los supuestos en que un matrimonio puede ser anulado por error.

Quinto.- Que, Cornejo Chávez comentando la citada norma, señala que en la enumeración de supuestos contenida en ella subsiste cierta generalidad que debe ser completada por el prudente arbitrio del Juzgador (Cornejo Chávez Héctor, Derecho Familiar Peruano, Sociedad Conyugal, Tomo Uno, Studium, 1982, página 144).

Sexto.- Que, dentro de los supuestos de error que recoge la Doctrina Enneccerus, citado por Cornejo Chávez, reconoce como un supuesto de error cuando un cónyuge ha sido determinado al matrimonio por el otro mediante un engaño sin el cual no se hubiera casado.

Sétimo.- Que, habiéndose determinado en la resolución recurrida que el motivo determinante del matrimonio fue el accionar doloso de la demandada al hacerle creer al demandante que este era quien la había embarazado, debe concluirse que la norma denunciada como indebidamente aplicada, era pertinente y por lo tanto ha sido aplicada correctamente al caso sub litis.

SENTENCIA:

Estando a las conclusiones precedentes, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal y atendiendo a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 396 del C.P.C., declararon **FUNDADO** en parte el Recurso de Casación interpuesto por doña Iris Fresia Ulleno Samanamud, en consecuencia **CASAR** la sentencia de vista de fojas 249, su fecha 3 de mayo de 2000, y actuando como sede de instancia **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas 204, su fecha 14 de enero de 2000, en el extremo en el que declararon fundada en parte la demanda de fojas 10 declara nulo el acto jurídico contenido en el acta de nacimiento N° 749872 extendida por la Municipalidad Provincial de Huaura correspondiente al menor Hugo Emilio Trujillo Ulleno, **REFORMÁNDOLA** declararon **IMPROCEDENTE** dicho extremo de la demanda, la **CONFIRMARON** en lo demás que contiene, en los seguidos por don Elmer Hugo Trujillo Hidalgo con doña Iris Fresia Ulleno Samanamud, sobre impugnación de paternidad y otros, **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano; bajo responsabilidad, y los devolvieron.

SS. PANTOJA; IBERICO; OVIEDO DE A.; CELIS; ALVA.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA



SENTENCIA T-997/03 - COLOMBIA

PRUEBA DE ADN: APERCIBIMIENTO PARA LA EJECUCIÓN DEL ADN

El juez está comprometido en alto grado con el éxito en la realización de la prueba de ADN, toda vez que puede echar mano de mecanismos como los requerimientos, los llamados de atención o incluso imponer sanciones ante la negligencia del demandado para acudir al laboratorio. Asimismo, tiene la potestad de requerir a los peritos para el cumplimiento de su labor.

REFERENCIA: EXP. T-760401

Acción de tutela promovida por Diana Margarita Cárdenas Román contra el señor Jorge Alberto López Supelano y el Juzgado Primero de Familia de Bogotá.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil tres (2003)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAUJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela promovida por Diana Margarita Cárdenas Román, actuando en su nombre y en el de su hijo Ángel David Cárdenas, contra el señor Jorge Alberto López Supelano y el Juzgado 1 de Familia de Bogotá, por considerar vulnerados algunos de sus derechos fundamentales en el trámite de un proceso de filiación que se adelanta en el mencionado despacho de familia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Mediante escrito del 27 de marzo de 2003, la señora Diana Margarita Cárdenas Román promovió proceso de investigación de la paternidad contra Jorge López Supelano, con el fin de que se declarara a este último padre de Ángel David Cárdenas, menor de seis años de edad y quien padece una grave enfermedad de hidrocefalia.

La demanda fue presentada por intermedio de la Defensoría del Pueblo, repartida al Juzgado Primero de Familia de Bogotá, admitida por ese despacho el 14 de julio de

2000, notificada personalmente al señor Jorge López y debidamente contestada por su apoderado⁽¹⁾.

Por auto del 18 de octubre de 2000 el juzgado abrió el proceso a pruebas durante veinte (20) días, entre las cuales se decretó la práctica del examen genético de ADN a las partes y al menor⁽²⁾.

La accionante solicitó la realización de la prueba de ADN en un laboratorio privado, petición que fue atendida favorablemente por el Juzgado de Familia, designando como peritos a los doctores Emilio Yunis y Juan Yunis, quienes se posesionaron como auxiliares de la justicia el 24 de abril de 2001⁽³⁾.

Comenta que ella y su hijo se presentaron a la práctica del examen genético, pero el demandado nunca ha concurrido al laboratorio para llevar a cabo la mencionada prueba, a pesar de los requerimientos extendidos, habiendo transcurrido casi tres años desde cuando tuvo inicio el proceso de investigación de la paternidad.

2. Solicitud de tutela

En concepto de la accionante, tanto el Juzgado Primero de Familia de Bogotá como el presunto padre de su hijo han vulnerado los derechos del menor a la vida, a la igualdad, al reconocimiento a la personalidad jurídica y a tener una familia, así como el derecho al debido proceso.

En este sentido, según sus palabras, ni el juzgado ha cumplido con su deber como representante del Estado Social de Derecho, dictando sentencia definitiva, pues el proceso todavía se encuentra en etapa probatoria, desconociendo el poder inclusive coercitivo que le ha dado la Constitución y la ley, respetando el debido proceso, ni el señor Jorge Alberto López Supelano, se ha practicado la prueba de genética de ADN, que a mi sentir comprobaría que Ángel David es hijo suyo y le permitiría gozar de los derechos fundamentales que hoy se ven vulnerados y amenazados.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el promedio de vida de su hijo es corto debido a la grave enfermedad que padece, solicita se ordene al señor Jorge Alberto López Supelano concurrir al laboratorio de Genética Servicios Médicos Yunis Turbay, o a la institución respectiva, para practicarse la prueba genética de ADN decretada en el proceso de investigación de la paternidad del cual se ha hecho referencia.

Así mismo, solicita se ordene al juzgado de familia que conoce del proceso dictar sentencia a la mayor brevedad, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 721 de 2001⁽⁴⁾.

3. Trámite de la acción

Correspondió conocer del asunto a la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, quien dispuso notificar a los demandados y solicitó remisión de la historia clínica del menor y copia del proceso de investigación de la paternidad. La documentación fue enviada pero los demandados guardaron silencio durante el trámite de la tutela.

(1) Cuaderno 3, folios 6 a 14.

(2) Cuaderno 3, folio 18.

(3) Cuaderno 3, folios 40, 42, 44, 45.

(4) Ley 721 de 2001, por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968, relacionada con los procesos para establecer la paternidad o maternidad.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1.- Primera instancia

La Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del nueve (9) de abril de 2003, denegó el amparo invocado. En su concepto, la prueba genética fue debidamente decretada y el juzgado ha atendido las peticiones elevadas por la demandante, así como las solicitudes de requerimiento presentadas por los peritos.

Luego de hacer un recuento pormenorizado del proceso, la Sala concluye que si bien es cierto que el demandado no ha concurrido a las citaciones para presentarse al laboratorio de genética, ello no es indicativo de que el juzgado haya obrado con negligencia, pues ha elevado los requerimientos cuando se lo han pedido. Adicionalmente, precisa que el despacho sólo puede imponer las consecuencias procesales señaladas en el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, norma relacionada con el deber de colaboración con las partes, pero le está vedado decidir automáticamente el asunto u obligar coercitivamente al demandado para que permita una intervención en su cuerpo. Al respecto la Sala considera lo siguiente:

No queda duda entonces, de que el derecho a investigar la paternidad de un niño es un derecho fundamental constitucional, y que el decreto de la prueba de ADN, es obligatorio. Pero de ahí no se sigue, que sea posible obligar coercitivamente al demandado a permitir una investigación en su cuerpo, muy a pesar de que el artículo 8º de la citada ley [721 de 2001], disponga que el juez de conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les debe practicar la prueba porque no es posible que lo haga violando derechos constitucionales fundamentales del demandado como su derecho a la integridad personal y su intimidad.

Adicionalmente, señala, en Colombia no existe una ley estatutaria que limite estos derechos en los términos referidos, y no se observa una necesidad imperiosa porque la propia ley indica cuáles son las consecuencias de la negativa a la práctica de la prueba al advertir que constituye indicio en contra del demandado.

2.- Segunda instancia

Impugnado el fallo por la señora Diana Margarita Cárdenas Román, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión en el sentido de denegar la tutela. Para esa Corporación, la accionante cuenta con posibilidades de defensa al interior del proceso de investigación de la paternidad, lo cual torna improcedente el amparo.

Y frente a la solicitud de hacer comparecer al señor Jorge Alberto López Supelano para la realización del examen genético, la Sala estima que ello pertenece a la esfera de decisión del juez ordinario, quien tiene los elementos legales para arribar a la solución y conclusión que estime pertinentes.

III.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1.- Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes, la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos en el presente caso.

2.- Problemas jurídicos objeto de estudio

La accionante considera que el Juzgado 1º de Familia de Bogotá y el señor Jorge Alberto López Supelano han desconocido algunos de sus derechos fundamentales de su menor hijo. El primero, porque no ha adoptado las medidas necesarias para la realización exitosa del examen genético, manteniendo durante largo tiempo la etapa probatoria en el proceso de filiación. Y el segundo, porque se ha negado sistemáticamente a la práctica de la prueba de ADN, impidiendo un pronunciamiento definitivo.

Los jueces de instancia difieren de la anterior postura. En este sentido, advierten que el juez de familia ha elevado varios requerimientos al demandado con el fin de lograr su comparecencia para la realización del examen genético, haciendo uso de las herramientas señaladas en el ordenamiento jurídico pero dentro de las cuales no se encuentra la coacción física. Así mismo, una de las instancias precisa que la conducta negligente del señor López Supelano configura un indicio en su contra en el proceso de investigación de la paternidad.

Descritos brevemente los antecedentes del caso, la Sala debe determinar si efectivamente la autoridad judicial demandada y el presunto padre del menor han vulnerado o amenazado sus derechos a la vida, a la igualdad, al reconocimiento a la personalidad jurídica y al debido proceso. En concreto la Corte debe analizar: (i) la filiación natural y su reconocimiento como derecho fundamental, (ii) en qué consiste la labor del juez en los procesos de investigación de la paternidad, en especial frente a la práctica de la prueba genética, (iii) cuáles son los mecanismos previstos en la ley para garantizar su realización y (iv) cuáles son las consecuencias que se siguen cuando no es posible efectuar el examen genético. Con fundamento en ello abordará luego el estudio del asunto objeto de revisión.

3.- La filiación constituye un derecho fundamental, atributo de la personalidad jurídica y elemento derivado del estado civil

El artículo 14 de la Constitución consagra el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, de rango fundamental y que comprende no sólo la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones en el tráfico jurídico, sino también la de poseer rasgos particulares que individualicen cada ser, tradicionalmente denominados atributos de la personalidad⁽⁵⁾.

Uno de los más importantes atributos de la personalidad consiste en el reconocimiento del estado civil, a través del cual las personas logran su ubicación jurídica en su núcleo familiar y social. Y es allí donde se encuentra el derecho a la filiación, es decir, a establecer una relación jurídica entre procreantes y procreados o entre adoptantes y

(5) Cfr. Sentencia C-109 de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero. En aquella oportunidad la Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 3 (parcial) de la Ley 75 de 1968, relacionado con la facultad de impugnación de la paternidad. En el mismo sentido ver la Sentencia C-004 de 1998 MP. Jorge Arango Mejía, donde la Corte declaró inexecutable la presunción de derecho contenida en el artículo 92 del Código Civil, relacionada con la época de la concepción.

adoptado⁽⁶⁾, de la cual se derivan ciertas prerrogativas y surgen simultáneamente algunas obligaciones en sentido recíproco.

La Corte ha explicado que la filiación guarda relación de conexidad con otros principios y derechos fundamentales como el reconocimiento de la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad⁽⁷⁾, por lo que puede hacerse exigible ante las autoridades judiciales a través de los procesos que para tal efecto han sido diseñados, siendo apenas legítimo esperar de las autoridades la definición de cuestiones de ésta índole con apoyo en pruebas válidamente recopiladas y en un lapso de tiempo razonable.

El proceso de investigación de la paternidad constituye entonces una de las vías para hacer efectivo el derecho de filiación, pero presenta algunas características especiales debido a la naturaleza que subyace a un asunto como éste, con mayor razón cuando se involucran derechos de menores.

4.- Procesos de investigación de la paternidad e importancia de la prueba genética como expresión del derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, búsqueda de la verdad y prevalencia del derecho sustancial.

Regulados específicamente en la Ley 75 de 1968 y la Ley 721 de 2001, los procesos de filiación presentan algunas particularidades en lo que tiene que ver con la necesidad de contar con la prueba genética de ADN, el papel del juez para su consecución, y los efectos que de la ausencia de ella se derivan.

Así, el artículo 1° de la Ley 721 de 2001, que modificó la Ley 75 de 1968, ordena al juez de familia decretar la práctica de esta prueba en los siguientes términos:

En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.

La idoneidad del examen antropto-heredo-biológico ha sido reconocida por la comunidad científica para rechazar con absoluta certeza a los falsos imputados de paternidad o maternidad y para establecerla con una probabilidad del 99,999999%, según los dictámenes de autoridades en la materia que han sido avalados por la propia jurisprudencia constitucional⁽⁸⁾.

(6) Cfr. Sentencia T-488 de 1999, MP. Martha Victoria Sáchica.

Y más adelante concluyó: Todo lo anterior muestra que la filiación legal, como atributo de la personalidad, no puede ser un elemento puramente formal, sino que tiene que tener un sustento en la realidad fáctica de las relaciones humanas a fin de que se respete la igual dignidad de todos los seres humanos y su derecho a estructurar y desarrollar de manera autónoma su personalidad.

(7) En la Sentencia C-109 de 1995 la Corte señaló: De un lado, estos derechos aparecen relacionados con la dignidad humana, que es principio fundamental del Estado colombiano. De otro lado, la Constitución consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Ahora bien, un elemento esencial de todo ser humano para desarrollarse libremente como persona es la posibilidad de fijar autónomamente su identidad para poder relacionarse con los otros seres humanos.

(8) Sentencia C-004 de 1998 MP. Jorge Arango Mejía. La Corte hizo referencia al concepto del reconocido genetista doctor Emilio Yunis Turbay, quien precisamente actúa como perito en el proceso de investigación de la paternidad adelantado por la señora Diana Margarita Cárdenas y que ahora ocupa la atención de la Sala.

A juicio de la Corte, el hecho de que el Legislador haya considerado como obligatorio el decreto de esta prueba no obedece a su capricho sino, por el contrario, responde a la necesidad de que las personas tengan una filiación acorde con la realidad, según lo explicó esta Corporación en la sentencia C-109 de 1995, cuando sostuvo:

A partir de todo lo anterior, la Corte concluye que, dentro de límites razonables y en la medida de lo posible, toda persona tiene derecho a acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda a su filiación real. Las personas tienen entonces, dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero “derecho a reclamar su verdadera filiación”, como acertadamente lo denominó, durante la vigencia de la anterior Constitución, la Corte Suprema de Justicia.

Desde esta perspectiva, la realización del examen genético se encuentra estrechamente ligada al derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, la búsqueda de la verdad y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal como uno de sus principios fundantes. Es por ello que en los procesos de investigación de paternidad o maternidad el juez de familia tiene un deber de especial diligencia, aún más riguroso cuando se involucran derechos de menores. Sobre este mismo aspecto, en la Sentencia C-807, de 2002 MP. Jaime Araujo Rentería, la Corte explicó que también el legislador busca a través de su obligatoriedad la efectividad de los derechos del niño y de cualquier persona a conocer su origen, a saber quién es su verdadero progenitor y por ende a definir su estado civil, posición en la familia, a tener un nombre y en suma a tener una personalidad jurídica⁽⁹⁾.

5.- Los deberes y atribuciones del juez para obtener la prueba genética y el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas

Como director del proceso y por expreso mandato legal el juez está en la obligación de ordenar la prueba de ADN, pero su misión no se agota en ese momento sino que se fortalece con miras a lograr su realización y en aras de los principios de prevalencia del derecho sustancial y acceso efectivo a la administración de justicia. Para ello, el ordenamiento le ofrece algunos mecanismos a los cuales puede apelar en procura de la verdad material. Es así como el primer párrafo del artículo 8° de la Ley 721 de 2001 señala lo siguiente:

(9) Sentencia C-807 de 2002 MP. Jaime Araujo Rentería. La Corte declaró inexecutable la restricción que imponía el artículo 4 de la Ley 721 de 2001, en cuanto a la obligación de asumir el costo de la prueba de ADN a cargo de quien la objeta.

El arresto se impondrá por medio de resolución motivada que deberá notificarse personalmente y sólo será susceptible del recurso de reposición.

Ejecutoriada la resolución, se remitirá copia al correspondiente funcionario de policía del lugar, quien deberá hacerla cumplir inmediatamente.

3. Ordenar que se devuelvan los escritos irrespetuosos para con los funcionarios, las partes o terceros.

4. Expulsar de las audiencias y diligencias a quienes perturben su curso.

5. Sancionar con multas de dos a cinco salarios mínimos mensuales a los empleadores o representantes legales que impidan la comparecencia al despacho judicial de sus trabajadores o representantes, para rendir declaración o atender cualquier otra citación que el juez les haga.

Parágrafo 1.- En caso de renuencia de los interesados a la práctica de la prueba, el juez del conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les debe realizar la prueba. Agotados todos estos mecanismos, si persiste la renuencia, el juez del conocimiento de oficio y sin más trámites mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa.

La norma transcrita fue declarada exequible en sentencia C-808 de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería, pero condicionada en el sentido de que la renuencia de los interesados a la práctica de la prueba solamente puede tomarse como indicio en contra y no como prueba suficiente para declarar, sin más, la paternidad o maternidad que se imputa.

Con todo, antes de precisar los efectos de la renuencia a la práctica del examen genético, la Sala considera necesario definir cuáles son esos mecanismos que contempla la ley para asegurar la comparecencia de quienes deban someterse a la prueba de ADN. En otras palabras, es preciso determinar en concreto las herramientas con que cuenta el juez para desarrollar su labor.

Pues bien, en la mencionada sentencia C-808 de 2002 la Corte explicó que dichas atribuciones corresponden a los poderes disciplinarios generales de los jueces previstos en el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil (CPC) y aplicables a los procesos civiles, incluidos los de filiación o investigación de la paternidad o maternidad. En consecuencia, en eventos como el descrito y teniendo en cuenta las particularidades de estos casos, el juez podría apelar a las siguientes medidas⁽¹⁰⁾:

- a) Sancionar con multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales al particular que sin justa causa incumpla la orden de realización de la prueba genética o demore su ejecución.
- b) Sancionar con pena de arresto hasta por cinco días al particular que con ocasión de la práctica de la prueba falte al respeto al juez.

(10) Artículo 39.- Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 14. Poderes disciplinarios del juez. El juez tendrá los siguientes poderes disciplinarios:

1. Sancionar con multas de dos a cinco salarios mínimos mensuales a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución.

Las multas se impondrán por resolución motivada, previa solicitud de informe al empleado o particular. La resolución se notificará personalmente y contra ella sólo procede el recurso de reposición; ejecutoriada, si su valor no se consigna dentro de los diez días siguientes, se convertirá en arresto equivalente al salario mínimo legal por día, sin exceder de veinte días.

Las multas se impondrán a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, salvo disposición en contrario; su cuantía y tasa de conversión en arresto, serán revisadas periódicamente por el gobierno.

2. Sancionar con pena de arresto inmutable hasta por cinco días a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

Para imponer esta pena será necesario acreditar la falta con certificación de un empleado de la oficina que haya presenciado el hecho, prueba testimonial o con copia del escrito respectivo.

Y teniendo en cuenta que la norma ha de ser interpretada en armonía con lo previsto en los artículos 71, 72 y 242 del CPC, que señalan los deberes de las partes frente a los peritos y los demás intervinientes⁽¹¹⁾, el juez también podrá:

- c) Requerir a la parte renuente o que impide la diligencia para que facilite la peritación;
- d) Condenar a la parte renuente a pagar honorarios a los peritos;
- e) Imponer multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales a la parte renuente o que obstaculiza la diligencia pericial y,
- f) Proferir la respectiva condena en costas.

De manera que el juez está comprometido en alto grado con el éxito en la realización de la prueba de ADN, toda vez que puede echar mano de mecanismos como los requerimientos, los llamados de atención o incluso imponer sanciones ante la negligencia del demandado para acudir al laboratorio. Así mismo, tiene la potestad de requerir a los peritos para el cumplimiento de su labor en los términos de los artículos 233 y siguientes del CPC, relacionados con la prueba pericial, o imponer las sanciones previstas en el artículo 11 del CPC, en caso de negligencia de los auxiliares de la justicia.

Pero su actividad debe ejercerse en un periodo razonable de tiempo y en todo caso la definición de la controversia no puede suspenderse indefinidamente ante la imposibilidad de contar con la información genética, so pena de afectar gravemente el principio de celeridad, el debido proceso y con ello el acceso a la administración de justicia.

En este sentido, no puede perderse de vista que el derecho de acceso a la administración de justicia también supone la resolución de fondo de las controversias en un lapso de tiempo razonable, es decir, sin dilaciones injustificadas, como lo ha explicado la propia jurisprudencia constitucional⁽¹²⁾. Aquí es necesario recordar que el tiempo es necesario para la deliberación, pero jamás podrá ser desproporcionado con la índole de la cuestión que se trata de resolver⁽¹³⁾; y que sin duda en casos de filiación donde están comprometidos los derechos de un menor con problemas de salud y cuya expectativa de vida es reducida, el asunto es aún más delicado.

¿Cómo hacer entonces para definir una controversia cuando no es posible contar con la prueba genética, pero está latente la necesidad de adoptar una decisión de fondo?

(11) Artículo 242.- Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 112. Deber de colaboración de las partes. Las partes tienen el deber de colaborar con los peritos, de facilitarles los datos, las cosas y el acceso a los lugares que ellos consideren necesarios para el desempeño de su cargo; si alguno no lo hiciere se hará constar así en el dictamen y el juez apreciará tal conducta como indicio en su contra, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 39.

Si alguna de las partes impide la práctica del dictamen, los peritos lo informarán al juez, quien le ordenará facilitar la peritación; si no lo hiciere, la condenará a pagar honorarios a los peritos y multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales. Tal conducta se apreciará como indicio en su contra.

(12) Cfr., Sentencias T-431/92, T-348/93, T-604/95, T-190/95, T-502/97, T-577/98, T-1227/01.

(13) Palacio Fernández, Viagas Bartolomé, “¿El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas?”. Civitas, Madrid, 1994, p. 34.

Aunque la pregunta sugiere un debate en apariencia complejo, lo cierto es que el propio ordenamiento acoge una postura que armoniza el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia y sin dilaciones injustificadas cuando falta el diagnóstico de ADN. En efecto, lo cierto es que existen otros medios de prueba a los cuales puede recurrir el juez para valorarlos al amparo de las reglas de la sana crítica y con fundamento en ellos determinar la existencia o no de ciertos hechos y el consecuente éxito o fracaso de las pretensiones. En consecuencia, la ausencia de dicha prueba no constituye un motivo para no dictar una sentencia de fondo por lo que, sin desconocer el altísimo grado de certeza que ofrece la prueba de ADN, el artículo 3° de la Ley 721 de 2001 autoriza al juez para recurrir a los demás elementos probatorios cuando no es posible contar con aquella información:

Artículo 3.- Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente.

Aunado a lo anterior, la Sala recuerda que el párrafo primero del artículo 8° de la misma ley establece que la negación sistemática a la realización de la prueba de ADN constituye un indicio en contra de la parte renuente, todo lo cual, sumado a otros elementos de juicio, ofrecerá luces acerca de la existencia o no de un vínculo de filiación y el sentido en el que debe emitirse el pronunciamiento judicial.

Sobre este último punto la Corte recuerda que en la Sentencia C-807 de 2002 delimitó el alcance de la presunción descrita y de las normas a que se ha hecho referencia en los siguientes términos:

No quiere decir el precepto acusado que una vez utilizados por el juez los mecanismos compulsivos, sin obtener la comparecencia a la práctica de la prueba, deba proceder de plano a fallar, sino que debe remitirse a dar aplicación al artículo 3° de la ley que le permite decretar y practicar otros medios de prueba con el fin de establecer la verdadera filiación del actor o demandante, lo que en últimas le permitirá fallar de fondo las pretensiones demandadas. Por lo tanto, debe acudirse a la interpretación sistemática, integrando las normas de la ley acusada a fin de armonizar el párrafo 1° del artículo 8° con el artículo 3° *ibídem*.

Bajo esta comprensión, la renuencia de los interesados a la práctica de la prueba sólo se puede tomar como indicio en contra, pero jamás como prueba suficiente o excluyente para declarar sin más la paternidad o maternidad que se les imputa a ellos. Es decir, acatando el principio de la necesidad de la prueba el juez deberá acopiar todos los medios de convicción posibles, para luego sí, en la hipótesis del párrafo 1°, tomar la decisión que corresponda reconociendo el mérito probatorio de cada medio en particular, y de todos en conjunto, en la esfera del principio de la unidad de la prueba, conforme al cual:

(...) el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme⁽¹⁴⁾.

(14) Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo 1, 5ª ed., 1995, Editorial ABC, pág. 117.

Cabe agregar que en un tema tan importante, como el que ahora nos ocupa, la insularidad probatoria resulta manifiestamente contraria a los propósitos constitucionales que conciernen al niño y a la familia, donde, lo que se trata de alcanzar es precisamente la certeza sobre quiénes son los reales padres del menor, en orden a salvaguardar sus derechos fundamentales en lo tocante al nombre, a tener una familia y al reconocimiento de su personalidad jurídica; con la subsiguiente protección de los derechos que de allí se deriven tales como la capacidad de goce, el estado civil, el domicilio, el patrimonio, etc. En suma, lejos de intentar hallar un padre a palos, al tenor del párrafo impugnado debe propiciarse un campo probatorio que honre tanto los derechos del niño como el debido proceso.

Por lo tanto, una vez el juez ha agotado infructuosamente los mecanismos que le ofrece el ordenamiento jurídico para obtener la realización del examen genético, debe acudir a los demás elementos probatorios que dentro de una interpretación sistemática e integral, le permitan adoptar una decisión de fondo, en uno u otro sentido, respecto de las pretensiones invocadas.

6.- El juez desconoce el debido proceso cuando no decreta la prueba de ADN, pero no necesariamente lo vulnera cuando no se practica dicho examen.

Para una mayor claridad la Sala considera necesario hacer una distinción en lo que tiene que ver con la prueba de ADN, pues una cosa es no decretar el examen y otra muy distinta no practicarlo.

En efecto, por mandato del Legislador en los procesos de investigación de la paternidad el juez tiene la obligación de decretar la prueba antro-po-heredo-biológica y de no hacerlo incurre en violación al debido proceso por defecto procedimental que más adelante se podría traducir en defecto fáctico⁽¹⁵⁾, pues con ello anula la oportunidad de contar con un valioso elemento de valoración para solucionar la controversia. Sin embargo, puede ocurrir que luego de haberse decretado la prueba no sea posible su realización, lo cual no necesariamente será responsabilidad de la autoridad judicial.

Por ejemplo, cuando una de las partes es renuente a la práctica del examen, la tarea del juez se entiende cumplida si ha hecho uso de los mecanismos que le ofrece la ley para lograr su concurrencia y pese a ello no obtiene éxito. A partir de ese momento el sujeto procesal renuente será responsable por sus omisiones y deberá asumir las consecuencias con el rigor que señala la ley.

En la sentencia T-488 de 1999 MP. Martha Victoria SÁCHICA, la Corte concedió la tutela presentada contra dos autoridades judiciales por violación al debido proceso, pues en el trámite de una demanda de filiación extramatrimonial, donde se había decretado el examen de ADN pero no se pudo realizar el día programado, se dictó sentencia sin la prueba genética y sin haber intentado su posterior realización. La Corte retomó los criterios expuestos en otra sentencia⁽¹⁶⁾ y sostuvo que no está permitido al juez decretar

(15) Cfr. T-079/93, T-231/04, T-008/98, T-639/96, SU-087/99, SU-159/02, T-088/03, T-639/03, entre muchas otras.

(16) Sentencia SU-087 de 1999.

unas pruebas y después, por su capricho o para interrumpir términos legales, abstenerse de continuar o culminar su práctica para tramitar etapas posteriores. En esa oportunidad concluyó respecto del examen genético que los obstáculos que se presentaron para su práctica, no justifican de manera suficiente la omisión total de su realización, observando entonces una actitud pasiva de las autoridades demandadas. Por tal motivo, dejó sin efecto las sentencias dictadas en el proceso de familia y ordenó subsanar la irregularidad surgida.

En sentido similar, en la Sentencia T-346 de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería, la Corte analizó la tutela invocada por quien fue declarado padre en un proceso de filiación, pero donde no se practicó el examen genético aun cuando aquel obró con diligencia y cuidado, al haber acudido a las instituciones médicas con el fin de someterse al examen. Aun cuando la Corte reivindicó la necesidad de contar con esta prueba, el amparo fue negado porque durante el trámite de revisión se llevó a cabo el examen genético, de donde fue posible demostrar que en efecto se trataba del padre de la menor.

7.- El asunto objeto de revisión

La Sala considera que los argumentos expuestos son suficientes para analizar ahora la situación concreta de la señora Diana Margarita Cárdenas Román y de su hijo, en el proceso de investigación de la paternidad adelantado en el Juzgado Primero de Familia de Bogotá contra el señor Jorge López Supelano.

Pues bien, lo primero que observa la Sala es que el juzgado no vulneró el debido proceso en lo que tiene que ver con el decreto de la prueba genética. Así, según consta en el expediente⁽¹⁷⁾, mediante auto del 18 de octubre de 2000 ordenó las pruebas testimoniales solicitadas por cada una de las partes, así como el examen de ADN, para lo cual dispuso librar oficio al Instituto de Medicina Legal. Y posteriormente accedió a la petición de la demandante, en el sentido de autorizar la realización del examen en un laboratorio particular, designando como peritos a los doctores Emilio y Juan Yunis, quienes tomaron posesión de su investidura el 24 de abril de 2001⁽¹⁸⁾.

De otra parte, en cuanto al segundo aspecto, es decir, en lo que tiene que ver con la utilización de los mecanismos previstos en la Ley para lograr la concurrencia del demandado a fin de permitir la práctica de la prueba genética, la Sala tampoco considera que el juzgado haya vulnerado los derechos al debido proceso y de acceso efectivo a la administración de justicia, puesto que ha atendido los requerimientos efectuados por la demandante y los peritos, como se reseña a continuación:

Luego de recibidos los testimonios decretados⁽¹⁹⁾, por auto del 15 de agosto de 2001 el juzgado ordenó oficiar a los peritos para que señalaran fecha y hora para la toma de las muestras⁽²⁰⁾; en cumplimiento de ello los peritos convocaron a las partes para el 26 de octubre de 2001⁽²¹⁾, día en el que solamente se practicó la prueba a la señora Diana Cárdenas y a su hijo, porque el demandado no se presentó.

(17) Cuaderno 3, folio 18.

(18) Cuaderno 3, folios 40 a 45.

(19) Cuaderno 3, folios 23 a 38.

(20) Cuaderno 3, folio 48.

(21) Cuaderno 3, folio 48.

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Mediante oficio del 11 de diciembre de 2001 los peritos dieron cuenta al juzgado de los resultados obtenidos, señalando que hasta ese momento el señor Jorge Alberto López Supelano no se había hecho presente para la toma de la muestra. En la misma comunicación solicitaron que se le citara para el 19 de diciembre de 2001⁽²²⁾.

Posteriormente, en comunicación del 28 de enero los especialistas en genética informaron que para el 19 de enero el señor López tampoco acudió a la cita y programaron como nueva fecha para el examen el 26 de febrero de 2002⁽²³⁾. Atendiendo la solicitud de los peritos, el despacho ordenó informar mediante telegrama al demandado sobre el día y la hora en que se llevaría a cabo la prueba⁽²⁴⁾. Sin embargo, ante la nueva ausencia del demandado el día de la cita, se señaló el 26 de junio de 2002 como día para la realización de la prueba⁽²⁵⁾.

Teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la Ley 721 de 2001, mediante auto del 31 de mayo de 2002, el juzgado ordenó que se oficiara a los Ministerios de Justicia y de Salud para que informaran si el Laboratorio de Genética Servicios Médicos Yunis Turbay se encontraba debidamente acreditado⁽²⁶⁾.

Finalmente, mediante auto del 11 de diciembre de 2003 el juzgado ordenó requerir al señor Jorge Alberto López Supelano, a fin de que compareciera en forma inmediata al laboratorio de genética, poniéndole de presente que en caso de renuencia daría aplicación a lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 8 de la Ley 721 de 2001. Según constancia que obra en el expediente, el mencionado oficio fue recibido el día 20 de marzo de 2003⁽²⁷⁾.

Visto lo anterior, la Sala observa que el juzgado ha atendido las solicitudes elevadas para lograr la comparecencia del demandado en el laboratorio de genética. Así, en la última comunicación le hizo saber que en caso de renuencia a la práctica de la prueba se daría aplicación a la presunción señalada en la ley para estos eventos.

En este orden de ideas, a juicio de la Sala el Juzgado Primero de Familia de Bogotá no ha vulnerado el derecho al debido proceso, ni con ello los demás derechos de la señora Diana Margarita Cárdenas Román y de su pequeño hijo, ya que su objetivo no ha sido otro que contar con el diagnóstico genético para resolver la controversia con el soporte fáctico que en mejor forma apoye su decisión y se ajuste a la realidad.

No obstante, teniendo en cuenta la duración del proceso y particularmente ante la delicada condición de salud del menor cuyos derechos están involucrados, la Corte considera necesario hacer un llamado al juzgado de familia para que, de persistir la renuencia del demandado a la práctica del examen genético, haga uso de los demás mecanismos previstos en el ordenamiento para tal fin y decida entonces con base en las otras

(22) Cuaderno 3, folios 53 y 54.

(23) Cuaderno 3, folio 56.

(24) Cuaderno 3, folio 57.

(25) Cuaderno 3, folio 58.

(26) Cuaderno 3, folios 59 a 61.

(27) Cuaderno 3, folios 65 y 66.

pruebas acopiadas durante el proceso, siguiendo para ello los parámetros consagrados en la ley y desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación.

Y en cuanto a la situación del señor Jorge Alberto López Supelano, la Sala advierte que, en caso de continuar su sistemática negligencia para la realización de la prueba de ADN, deberá asumir las consecuencias derivadas de su conducta con el rigor que le señala la Ley.

Por todo lo anterior, la Corte confirmará los fallos proferidos por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que denegaron la tutela por improcedente.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR las sentencias proferidas por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el asunto de la referencia.

Segundo.- Hacer un llamado al Juzgado 1° de Familia de Bogotá para que, de persistir la renuencia del señor Jorge Alberto López Supelano para la práctica del examen genético dentro del proceso que se adelanta en ese despacho, haga uso de los demás mecanismos previstos en el ordenamiento para tal fin y decida con base en las demás pruebas acopiadas durante el proceso, siguiendo los parámetros consagrados en la ley y desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación.

Tercero.- Por Secretaría General de la Corte, **LÍBRESE** la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)



Con la prueba de paternidad mediante el análisis de ADN que a petición suya se ha ordenado practicar; y, a la que el demandado no se ha resistido manifestando más bien su voluntad de sujetarse a esta práctica, el resultado confirma sus asertos, siendo suficiente para demostrar los fundamentos de la demanda, pues se trata de una prueba de carácter científico y valor probatorio pleno que, legalmente practicada, en el caso arroja resultados positivos con certeza que equivale a un porcentaje de 99,999999%, conforme lo refiere la perito en su informe que corre incorporado de fs. 27 a 31 confirmando que el demandado es el verdadero padre biológico de dicha menor, circunstancia por la que se acepta en todo su contenido, sin que amerite hacer ningún análisis, menos considerar las alegaciones de la parte contraria que quedan enervadas con este resultado

Cuenca, 4 de abril de 2003.

VISTOS: MARTHA N. VILLAVICENCIO ARGUDO, como madre y representante legal de la menor impúber María del Cisne Villavicencio Argudo, comparece a fs.2 y expone: Que, como fruto de las relaciones sexuales que mantuvo con el señor Cornelio Guillermo Montalvo Arias, nació su hija antes nombrada que al momento tiene siete años de edad. Que, en virtud de que el señor Montalvo, a pesar de su reiterada solicitud, no ha cumplido con el deber moral de reconocer a su hija, solicita que previo el trámite legal ordinario, se declare en sentencia que su prenombrada hija lo es también de Cornelio Guillermo Montalvo Arias. Se fundamenta en el Art. 23 numeral 24 de la Constitución Política de la República, Art. 266, 267 y 269 del Código Civil y los fallos de Triple Reiteración dictados en los juicios de filiación publicados en la Gaceta Judicial Serie XVII número 1, que constituye jurisprudencia obligatoria para la interpretación y aplicación de leyes.- Pide se cuente con el H. Tribunal de Menores y con un representante del Ministerio Público. Requerida para que concrete la causal que fundamenta su demanda en el escrito de fs. 4 dice que su demanda no se fundamenta en ninguna de las causales para la declaración judicial de paternidad de las previstas en el artículo 267 del Código Civil, porque los hechos no encuadran en ninguna de aquellas. Lo que ha ocurrido es que mantuvo relaciones sexuales con el demandado y únicamente con él y de esta relación nació su hija que ahora requiere el reconocimiento de la paternidad que aquél le ha negado. No por ello se le puede negar acceso a la justicia y reclamar para su hija el derecho a la filiación por las razones y fundamentos que deja expuestos.- Admitida a trámite la demanda, se cita legalmente al demandado, compareciendo a fs.8 el DOCTOR JUAN JOSE CARRASCO LOYOLA con el poder y la ratificación expone que, no admite los fundamentos de hecho expuestos en el libelo de demanda; propone para el trámite estas excepciones: negativa pura y simple de los fundamentos; no se puntualiza el fundamento legal (artículo y numeral del Código Civil) que, ampare la acción que plantea; y, falta de derecho; ratificada su intervención a fs. 9; trabada la litis; de fs. 10 consta haberse contado con los funcionarios llamados a intervenir; evacuada la junta de conciliación en rebeldía del demandado fs.11 v., ratificada la intervención de la actora, se recibe la causa a prueba, concluido este térmi-

no y agotado el trámite para resolver se considera: **PRIMERO.-** Que a la causa se le ha dado el trámite legal correspondiente a su naturaleza, sin omitir solemnidades sustanciales que la afecten ni influyan en la decisión, por lo que se declara la validez procesal.- **SEGUNDO.-** A las partes les corresponde probar los hechos alegados de acuerdo con los preceptos de los Arts. 117 y 118 del C. De P. Civil.- **TERCERO.-** Al plantear la demanda se hizo presente que, las circunstancias en las que se procreó a la hija menor de edad cuya paternidad se reclama, no se enmarca en ninguna de las causales previstas en el Art. 267 del Código Civil; trabándose la litis con la alegación de falta de puntualización del fundamento legal de la acción. Que, la inexistencia de una causal para la declaratoria judicial de la paternidad en materia civil, no puede colocar a las personas en ineptitud para ejercer las acciones legales cuando se trate de hacer efectiva su pretensión, si por otro lado hay normas que obligan al juez a buscar un remedio que adecuado a las circunstancias presentes facilite la solución de conflictos que, como en el presente caso involucra el derecho de una menor de edad que merece ser precautelado en la forma que más favorezca su efectiva vigencia como consagra el Art. 18 de la Constitución, sin que se pueda alegar falta o vacío de ley para justificar la violación o desconocimiento, desechar la acción o negar el reconocimiento de tales derechos, en relación a su vez con el Art. 48 *ibídem* que impone aplicar el principio del interés superior de los niños y niñas, asegurar el ejercicio pleno de sus derechos.- En correspondencia y armonía con estos preceptos constitucionales encontramos normas aplicables en el Código Civil como las contenidas en el Art. 8 que dice “A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley”, Art. 18 “Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley (...)” regla 7ª.- “A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”, similar prescripción contiene el Art.278 del C. De P. Civil “(...) y, a falta de Ley, en los principios de justicia universal”. **CUARTO.-** Por lo que queda analizado y cuando de por medio están derechos fundamentales protegidos como el de la “IDENTIDAD”, no se puede comprometer su ejercicio a la falta o indebida invocación de estas normas, ni supeditar la vigencia a un orden restringido de causales como las previstas en el Art. 267 del Código Civil que, en ciertas circunstancias resultan anacrónicas, si en la realidad hay casos como el presente que en verdad no se enmarca en ninguna de ellas, porque simplemente las relaciones sexuales mantenidas con el presunto padre y solo con él durante el período legal de la concepción, la ley ordinaria no las reconoce como causa suficiente para tal declaratoria situación que, no puede persistir no se compadece ni está a tono con el avance y desarrollo científico experimentado en la sociedad, pues si en nuestro sistema jurídico las relaciones de filiación vienen dadas en razón de los vínculos de sangre, en los tiempos que vivimos el resultado del análisis del ADN constituye prueba determinante y suficiente. En apoyo de tal proposición existen normas incluso con rango constitucional que consagran este derecho, Art.23 numeral 24 y Art. 49 “(...) El Estado les asegurará y garantizará el derecho a ... su identidad, nombre y ciudadanía; (...)”; disposiciones que también las encontramos tanto en el Código de Menores Art.34, que prescribe que el menor tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por estos; como en la Convención Sobre los Derechos del Niño Arts.7 y 8. 1.- “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad (...) 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”; y, los fallos de triple reiteración publica-

dos en Gaceta Judicial Serie XVII # 1, de fecha septiembre a diciembre de 1999, aplicable solo en cuanto impone la obligación de la práctica del examen de ADN.- Normas que al constar de leyes especiales de carácter proteccionista y tutelar; y, de Convenios Internacionales válidamente celebrados que, de acuerdo el Art. 163 de la Constitución forman parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecen sobre las demás, pueden invocarse supliendo las omisiones en que incurran las partes de acuerdo con el Art. 284 del C. De P. Civil; y, deben ser aplicadas en forma obligatoria. **QUINTO.-** Sustentada como queda legalmente la acción, corresponde examinar el mérito probatorio que aportan las actuaciones procesales introducidas por las partes dentro del término legal: con la partida de nacimiento incorporada a fs.1 de los autos, reproducida como prueba, de la demandante justifica: la existencia legal de la menor cuya paternidad reclama, siendo la compareciente la madre y representante legal; y, con la prueba de paternidad mediante el análisis de ADN que a petición suya se ha ordenado practicar; y, a la que el demandado no se ha resistido manifestando más bien su voluntad de sujetarse a esta práctica (escrito de fs.21), el resultado confirma sus asertos, siendo suficiente para demostrar los fundamentos de la demanda, pues se trata de una prueba de carácter científico y valor probatorio pleno que, legalmente practicada en el caso arroja resultados positivos con certeza que equivale a un porcentaje de 99,999999%, conforme lo refiere la perito en su informe que corre incorporado de fs. 27 a 31 confirmando que, el demandado es el verdadero padre biológico de dicha menor, circunstancia por la que se acepta en todo su contenido, sin que amerite hacer ningún análisis, menos considerar las alegaciones de la parte contraria que quedan enervadas con este resultado.- Por lo expuesto, este Juzgado “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY” acepta la demanda y declara que el demandado: CORNELIO GUILLERMO MONTALVO ARIAS, es el padre de la menor MARÍA DEL CISNE VILLAVICENCIO ARGUDO.- Ejecutoriada esta sentencia oficiase al Señor Jefe del Registro Civil, para que confiera copia de la tarjeta índice o de la partida de nacimiento del demandado a fin de que sirva de documento habilitante para la inscripción de la menor por marginación en la partida de nacimiento que consta del año 1995, Tomo 38, página 38, acta 7038 del Registro Civil de este Cantón, documento del cual se extraerán los datos necesarios; y, confiérase las copias que se soliciten. Sin Costas. Notifíquese.



AUTO 149/1999 - ESPAÑA

PRUEBA DE ADN: EXHUMACIÓN DE CÁDAVER PARA PRACTICAR ADN NO ATENTA CONTRA EL HONOR

La toma de muestras orgánicas de un cadáver para practicar una prueba de ADN acordada en el seno de un proceso judicial en el que se ejercita una acción de investigación de la paternidad, en modo alguno puede suponer una conculcación del citado derecho fundamental, pues la constitución de la relación paterno-filial, con los consiguientes efectos jurídicos, no es susceptible de ser jurídicamente examinada en términos de honor o deshonor.

Número de referencia: 149/1999 (AUTO)

Referencia número: 149/1999

Tipo: AUTO

Fecha de Aprobación: 14/6/1999

Sala: Sección Primera: Excmos. Sres. Cruz Villalón, García Manzano y Garrido Falla.

Número registro: 3810/1997

Recurso tipo: Asunto: Recurso de amparo.

TEXTO DEL DICTAMEN

Extracto:

Inadmisión. Resolución civil. Derecho al honor, derecho a la intimidad familiar: prueba de paternidad. Contenido constitucional de la demanda: carencia.

Preámbulo:

La Sección, en el recurso de amparo de referencia, ha acordado dictar el siguiente

AUTO

Antecedentes:

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado ante este Tribunal el día 19 de noviembre de 1997, don Federico José Olivares Santiago, Procurador de los Tribunales y de don Javier Carlos Barrau Miralves y don Jesús Barrau Miralves, interpuso demanda de amparo contra la propuesta de Auto dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Monzón (Huesca), de 19 de julio de 1997, en los Autos de juicio civil de menor cuantía núm. 63/97, por la que se acordaba admitir la prueba pericial médica, propuesta de contrario y consistente en la exhumación del cadáver del tío de los ahora demandantes de amparo, para practicar una prueba de ADN a los efectos de determinar la filiación paterna del demandante en el citado pleito civil.

2. En su demanda de amparo alegan los actores la vulneración de los derechos fundamentales a la vida e integridad física (art. 15 C.E.), al honor, intimidad personal y familiar, a la propia imagen (18.1 C.E.); y, finalmente, a la dignidad de la persona (art.

10 C.E.). La lesión de los citados derechos fundamentales no se argumenta separadamente sino de forma conjunta, pues, en el criterio de los actores, se habría producido por razón del mismo hecho careciendo, en consecuencia, de una autonomía propia. Esa circunstancia lesiva de sus derechos no es otra que la decisión judicial de admitir como prueba la toma de muestras del cadáver de su tío con el objeto de acreditar, mediante indicadores genéticos, su paternidad en relación con el demandante. En efecto, la celebración de dicha prueba médica supone un atentado a la integridad física del fallecido, así como un agravio a su honor personal, y comporta una violación de la intimidad personal y familiar y de la dignidad inherente a la persona humana, porque el Juzgado ha acordado su práctica caprichosamente y de forma desproporcionada, sin existir un principio de prueba que ampare esa pretendida paternidad. Ante una situación procesal de esa naturaleza lo precedente es inadmitir la acción civil ejercitada y, en ningún caso, acordar la práctica de una prueba como la descrita.

3. Por providencia de la Sección Segunda, de 18 de febrero de 1998, se acordó, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder a los demandantes de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que, dentro de dicho término, formularan alegaciones en relación con la posible concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 c) LOTC y consistente en carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo del asunto por parte de este Tribunal Constitucional.

4. El día 4 de marzo de 1988 los demandantes de amparo presentaron su escrito de alegaciones. En él, tras interesar que se tuviesen por reproducidos los argumentos previamente aducidos en la demanda, se insiste sobre la relevancia constitucional de sus pretensiones, que consideran, en cierto modo, semejantes a las que dieron lugar a la STC 7/1994, por lo que también son merecedoras de un pronunciamiento de fondo.

5. El Ministerio Fiscal presentó su alegato el día 12 de marzo de 1998. Previa exposición de los antecedentes fácticos del asunto, estima el Ministerio Público que procede decretar la inadmisión de la demanda de amparo, puesto que, al margen de la dignidad humana (art. 10 C.E.), que no es un bien en sí mismo susceptible de protección en amparo, las restantes vulneraciones de derechos denunciadas por los actores carecen de toda consistencia. En efecto, ninguna relación guardan el derecho al honor y a la intimidad con la protección jurídica que puedan merecer unos restos cadavéricos, sin que, por otra parte, se pueda apreciar que en el presente supuesto la exhumación acordada en el seno de un proceso judicial suponga una lesión de tales derechos, en cuanto que sus contenidos pueden trascender a los herederos de sus titulares. Además, ni la práctica de la prueba, que se magnifica en la demanda (refiriéndose a mutilación cuando se trata de tomar pequeñas muestras del esternón), ni el contexto en el que se solicita la averiguación material de una filiación ni, finalmente, por razón del fin al que, en última instancia, atiende su práctica investigación de la paternidad (art. 39 C.E.) evidencia que la declaración judicial de su pertinencia comporte un sacrificio de otros bienes y derechos, desproporcionado o carente de toda justificación.

Fundamentos:

II. Fundamentos jurídicos

1. El análisis de las alegaciones formuladas por las partes y el examen de las actuaciones judiciales corroboran nuestra inicial apreciación sobre la eventual concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 c) LOTC y consistente en carecer la

demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo del asunto por parte de este Tribunal.

2. Debemos descartar, en primer lugar, las denunciadas vulneraciones de los derechos a la integridad física (art. 15 C.E.), al honor y a la propia imagen (art. 18 C.E.), así como la existencia de un pretendido derecho fundamental a la dignidad humana que opere de forma autónoma e independiente ex art. 10 C.E.

Comenzando por esta última invocación, basta recordar que la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como “fundamento del orden político y la paz social” (art. 10 C.E.), para rechazar eventuales violaciones de ese mandato constitucional susceptibles de protección autónoma a través del proceso constitucional de amparo. Tampoco puede prosperar la alegada vulneración del derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 C.E.) que los actores consideran producida por la prueba pericial cuya práctica ha autorizado el Juzgado. Con independencia de que los derechos consagrados en el art. 15 C.E. son personalísimos y, en principio, intransferibles (ATC 242/1998), es lo cierto que titular de los mismos sólo puede serlo la persona humana viva (SSTC 53/1985 y 212/1996, entre otras). Sin duda, la persona ya fallecida, como realidad jurídicamente distinta, ha de ser objeto de una particular protección jurídica. Ahora bien, esa protección nunca podrá tener respaldo constitucional en los derechos fundamentales del art. 15 C.E.

Finalmente, como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, ninguna relación existe entre el derecho al honor y a la propia imagen del art. 18.1 C.E. y la resolución judicial que acordó la admisión y práctica de una prueba en el seno de un procedimiento civil sobre filiación en el que, además, se cumple el mandato constitucional dirigido al legislador para que posibilite la investigación de la paternidad (art. 39.2 C.E.); cometido que, en última instancia, obedece a la voluntad del constituyente de impedir la existencia de discriminaciones por razón de nacimiento (art. 14 C.E.).

No es, en efecto, descartable que el derecho al honor de una persona fallecida sea defendido en amparo por sus herederos o por otras personas unidas al mismo mediante vínculos que justifiquen una suficiente legitimación procesal. Ahora bien, la toma de muestras orgánicas de un cadáver para practicar una prueba de ADN acordada en el seno de un proceso judicial en el que se ejercita una acción de investigación de la paternidad, en modo alguno puede suponer una conculcación del citado derecho fundamental, pues la constitución de la relación paterno-filial, con los consiguientes efectos jurídicos, no es susceptible de ser jurídicamente examinada en términos de honor o deshonor. Por ello mismo, en la STC 7/1994 se declaró que “es indudable que no puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad de la persona la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina en circunstancias adecuadas (STC 103/1985) [siempre que exista] una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial” (fundamento jurídico 3.º).

3. En consecuencia, del conjunto de derechos fundamentales aducidos por los demandantes, únicamente el derecho a la intimidad familiar podría haberse vulnerado por la resolución del Juzgado, en cuanto que garantiza la posibilidad de contar con un ámbito de conocimiento exclusivamente reservado a los integrantes de la familia y, por tanto, jurídicamente protegido frente a la injerencia ajena, que no se identifica necesariamente con el que individualmente corresponde a cada uno de sus miembros. En este sentido, cumple recordar la doctrina establecida en la STC 231/1988, en la que, tras descartar la

posibilidad de que terceras personas pudiesen hacer valer, a través del recurso de amparo constitucional, los derechos a la intimidad y a la propia imagen de quien ya había fallecido, puesto que “una vez fallecido el titular de los derechos, y extinguida su personalidad según determina el art. 32 C.C.: ‘La personalidad jurídica se extingue por la muerte de las personas’, lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional” (fundamento jurídico 3.º), se significó que la intimidad familiar se extiende “no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar, aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 C.E. protegen” (fundamento jurídico 4.º); en igual sentido, STC 197/1991 (fundamento jurídico 4.º).

A partir de esta premisa, ha de interpretarse la previsión contenida en el art. 127 C.E., en la que tras disponer que: “En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”, se añade, mediante un segundo inciso, que: “El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”. En relación con dicho precepto legal, hemos declarado que: “las pruebas biológicas en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal tan solo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos” y que la medida judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7.3.º y 8.º, párrafos 3.º a 5.º)” (STC 7/1994, fundamento jurídico 3.º). Ciertamente, la prueba pericial médica que ahora nos ocupa no tiene por destinataria a una persona, pero, *mutatis mutandis*, el mencionado pronunciamiento constitucional nos ofrece una pauta de enjuiciamiento perfectamente aplicable al asunto que ahora nos ocupa.

En efecto, sostienen los demandantes de amparo que el Juzgado acordó la admisión de la demanda de filiación, y la práctica de la prueba biológica que conducía necesariamente a la exhumación del cadáver de su tío, sin que el demandante civil aportase un mínimo indicio probatorio del que pudiese inferirse cierta sospecha de la posible paternidad de aquél. Carencia de todo principio de prueba que debía haber conducido a la inadmisión de la demanda y no, como así ha ocurrido, a la celebración de una prueba que, por su propia naturaleza, ha de considerarse como un medio último o final, en la medida en que su práctica, a partir de muestras tomadas de quien ya ha fallecido, repercute directamente sobre la intimidad de la familia.

Como anteriormente se señaló, la infracción de lo dispuesto en el art. 127 del C.C. puede llegar a producir, en algunos casos, una utilización desproporcionada e injustificada de ciertos medios probatorios que, como en la hipótesis aquí analizada, puedan incidir sobre algún derecho fundamental y, muy especialmente del derecho a la intimidad familiar, que resulte, por tal motivo, indebida o innecesariamente conculcado. No obstante, el examen de las actuaciones judiciales pone de manifiesto que el presente asunto no es uno de esos posibles supuestos. En efecto, consta en los Autos del proceso civil que el demandante cumplió con su obligación inicial de aportar un principio de prueba, acompañando a su escrito de demanda una fotografía y un acta notarial de manifestaciones en la que se hace referencia a la relación existente entre su madre y el

titular de la herencia yacente, frente a la que se dirige la acción civil. Es claro, pues, que la admisión y práctica de la prueba pericial biológica que obligaba a la exhumación del cadáver fue acordada por el Juzgado como remedio último dirigido al esclarecimiento de los hechos y, por tanto, de modo proporcionado y adecuado a los fines perseguidos. Siendo ello así, es también manifiesta la carencia de contenido de la demanda en relación con la denunciada lesión del derecho a la intimidad familiar.

Fallo:

En virtud de todo lo expuesto, la Sección acuerda inadmitir a trámite la presente demanda de amparo por concurrir la causa prevista en el art. 50.1 c) LOTC.

Madrid, catorce de junio de mil novecientos noventa y nueve.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- ARIANO DEHO, Eugenia. “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo N° 134. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2005.
- BERNAL PULIDO, Carlos. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.
- BETERO, Sergio Manuel. “El descubrimiento del genoma humano. Su impacto en el Derecho”. En: *Actualidad*. Suplemento de La Ley. Año LXIX. N° 131. Buenos Aires, 7 de julio de 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. “*Os directos da personalidade*”. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Forense Universitária. Rio de Janeiro, 2003.
- BOSCH, Alejandro F. “La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas”. En: *La Ley*. Año LXVII, N° 39. 25 de febrero de 2003.
- BUENO RINCÓN, Fabio Enrique. “La investigación de la filiación y las pruebas biológicas”. 2ª edición. Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez. Colombia, 1996.
- CAMBI, Eduardo. “O paradoxo da vedade biológica e sócio-afetiva na açã negatoria de paternidade, surgido com o examen de DNA, na hipótese de adoã à brasileira”. En: *Revista de direito privado*. N° 13. Janeiro-Marco, 2003.
- CAROZZI, Ema. “Reformas introducidas por el Código de la niñez y la adolescencia en el derecho filiatorio uruguayo”. En: *Revista de Derecho Comparado*, N° 10: Derecho de familia. Ed. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2004.
- CASTRO Verónica Adriana y DIANA, María José. “La negativa a someterse a las pruebas biológicas en las acciones de filiación”. En: *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil - Rosario 2003*, Libro de ponencias. Tomo II. Rubinzal Culzoni editores. Buenos Aires.
- CÉSPEDES SUZUKI, Erika. “Deficiencias de la Ley N° 28457”. En: *Jurídica*, Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, Año 2. N° 57. 2 de agosto de 2005.

- CHINCHILLA MONGE, Cristian. “Detalles sobre la Ley de Paternidad Responsable”. En: <http://www.uca.ac.cr>. Acceso el 1/4/2005.
- CORRAL TANCANI, Hernán. “Derecho y derechos de familia”. Grijley. Lima, 2005.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “El caso contra el Derecho civil: Críticas, estrategias, perspectivas”. En: *Homenaje a Max Arias Schreiber*. Academia Peruana de Derecho. Gaceta Jurídica. Lima, 2005.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Compendio de Resoluciones Defensoriales”. Tomo II. Lima, 2000-2004.
- DEUSDARÁ, Ingrid Caroline Cavalcante de Oliveira. “O direito de ser filho e a Constituição de 1988”. En: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 825, 6 out. 2005, en: <http://jus2.uol.com.br>. Acceso 06/10/2005.
- DE MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio. “O pós-modernismo”. Ed. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 2005.
- DI LELLA, Pedro. “Paternidad y pruebas biológicas”. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1977.
- DUTTO, Ricardo. “El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas”. En: *Revista Derecho Procesal 2002-2: Derecho Procesal de Familia II*. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2002.
- ENGELS, Federic. “El origen de la familia, la propiedad privada y el estado”. Editorial Perú Andino. Lima, 1988.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan: “La Ley N° 28720 y el mal entendido derecho a la identidad del menor”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo N° 150. Gaceta Jurídica. Lima, mayo de 2006.
- FERRANDINO, Álvaro. “Acceso a la justicia”. En: Luis Pásara, compilador, *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. Consorcio de Justicia Viva. Lima, 2004.
- FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. “La bioética en Latinoamérica: perspectiva jurídica”. En: *Revista de Derecho y genoma humano*. N° 18. Bilbao, 2003.
- FONSECA, João Mauricio Cavalcanti Gomes da. “Da possibilidade da coerção ao exame de DNA na investigação de paternidade”. En: *Jus Navigandi*. N° 112. 24/10/2003. Disponible en: <http://www.jus.com.br>, acceso el 30/5/2005.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel. “¿Qué familia para el siglo XXI”. En: *Revista de Derecho Comparado*. N° 9: Derecho de Familia. Ed. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2004.

- GARCÍA POVEDA, Carmen. “Constitucionalidad de las pruebas biológicas”. En: *Revista de Derecho de Familia*. N° 25. Ed. Lex Nova. España, octubre de 2004.
- GRUNWALD, Astried Brettas. “Laços de família: critérios identificadores da filiação”. En: *Jus Navigandi*, N° 112. 24/10/2003. <http://www.jus.com.br>, acceso el 30/5/2005.
- GUERRA CERRÓN, María Elena. “Hacia una justicia de paz. Un asunto de interés nacional”. Ed. Grijley. Lima, 2005.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores. “Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica”. En: *Revista de derecho privado*. Madrid, julio-agosto 2005.
- HERRERA NAVARRO, Santiago. “Proceso de ejecución”. Normas Legales. Trujillo, 2002.
- HERRERA VELARDE, Eduardo. “Presunción de inocencia, duda y certeza”. En: *Jurídica*, Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano. Año 2. N° 58. 9 de agosto de 2005.
- HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. “El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. En: *Revista de Derecho Procesal. Dirigida iberoamérica*. N° 1-3. Madrid, año 2001.
- HINOSTROZA MINGUES, Alberto. “Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo”. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima, mayo 2003.
- HINOSTROZA MINGUES, Alberto. “La prueba en el proceso civil. Doctrina y Jurisprudencia”. Tercera edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2002.
- JACQUARD, Albert. “La leyenda de la vida”. En: *La olla gigante*. Lima, 1992.
- KRASNOW, Adriana Noemí. “La filiación y sus fuentes”. En: *La Ley*. Tomo 2005-A. Buenos Aires.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El derecho de familia en la República Argentina del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos”. En: *Revista de Derecho Comparado*. N° 10: Derecho de Familia. Ed. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2004.
- LA ROSA CALLE, Javier. “¿Y cómo va la reforma de la justicia promovida desde Ceriajus?”. En: *Justicia Viva Mail*. Instituto de Defensa legal. PUCE. N° 179. 11 de abril de 2005.

- LASTARRIA RAMOS, Edgard. “Titulares de la acción”. En: *Código Civil comentado*. Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima, julio de 2003.
- LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César. “Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’”. En: *La Ley*. Año LXIX, N° 211. 31 de octubre de 2005.
- LEDEZMA NARVÁEZ, Marianella. “Ejecutorias”. T. I. Cultural Cusco, Lima, 1995.
- LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. “Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988”. Ed. Método. São Paulo, 2004.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. “Instituciones de Derecho Civil”, Derecho de familia. Tomo III. Ed. Porrúa. México, 1988.
- MÁRQUEZ MATAMOROS, Arturo. “Legislación internacional sobre derechos de los niños. Aplicación y obligatoriedad en el Ecuador”. Ed. Abya-Yala. Quito, 2000.
- MARTEL CHANG, Rolando. “Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 138. Gaceta Jurídica. Lima, mayo de 2005.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D’ANTONIO, Daniel Hugo. “Derecho de familia”. Tomo III. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. “Tratado de direito privado”. Parte especial. Tomo IX. 1ª edición. Bookseller. Campinas, 2000.
- MIZRAHI, Mauricio Luis. “Identidad filiatoria y pruebas biológicas”. Astrea. Buenos Aires, 2004.
- MIZRAHI, Mauricio Luis. “Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica”. En: *La Ley*. Tomo 2004-E.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. “Los límites ético de la actividad probatoria”. En: *La formación del proceso civil peruano*. 2da. edición aumentada. Pa-lestra. Lima, 2004.
- MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo. “La tutela constitucional de los menores en abandono”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 138. Gaceta Jurídica. Lima, mayo de 2005.
- MORÁN DE VICENZI, Claudia. “El concepto de filiación en la fecundación extracorpórea”. Coedición Ara editores y Universidad de Piura. Lima, 2004.
- MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. “La Ley N° 28457 y los nuevos procesos de filiación”. En: *Legal Express*. Año 5. N° 54. Lima, junio de 2005.

- ORTIZ DE ROSAS, Abel Fleitas. “Derecho a la identidad”. En: *La Ley*. Año LXIX, N° 222. Buenos Aires, 15 de noviembre de 2005.
- PALMERO, Juan Carlos. “Vélez Sárfield y el Derecho Latinoamérica”. En: *Homenaje a Dalmacio Vélez Sárfield*. Tomo I. Academia Nacional de Córdoba. Córdoba, 2000.
- PAZ ESPINOZA, Félix. “Derecho de Familia y sus instituciones”. 2ª edición. G.G. Gráfica. La Paz, 2002.
- PEREIRA, Cailio Mário da Silva. “Instituições de directo civil”. Vol. V, 14ª edição. Forense. Río de Janeiro, 2004.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Creditur virgini pregnanti..., volviendo al *ancien droit*: A propósito de la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”. En: *Actualidad jurídica*. Tomo 134. Lima, enero 2005.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Es inconstitucional obligar al demandado a someterse a la prueba de ADN”. En: *Legal Express*. Año 5. N° 49. Lima, enero 2005.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “La pretensión de alimentos del hijo extramatrimonial cuya paternidad no está determinada”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 139. Lima, junio 2005.
- POCAR, Valerio y RONFANI, Paola. “La famiglia e il diritto”. Editori Laterza. Roma, 2003.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. “Derecho Romano”. Ed. Astrea. Buenos Aires, 2001.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. “Historia del Derecho Civil peruano”. Tomo II. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001.
- RIVERA, Julio César. “Instituciones de Derecho Civil”. Parte general. Tomo II. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.
- RIZZARDO, Arnaldo. “Direito de familia”. 2da edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2004.
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito. “Manual de Derecho Procesal Civil”. 6ª edición. Ed. Grijley. Lima, 2004.
- RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan. “Genoma humano y Constitución”. Ed. Cuadernos Civitas. Madrid, 2002.
- SESTA, Michele. “Derecho de familia italiano. ¿Hacia nuevas transformaciones?”. En: *Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963-2003*, Universidad Externado de Colombia. Colombia, julio de 2003.

- SILVIO RODRÍGUEZ. “Direito Civil, Direito de Família”. 27ª edición actualizada por Francisco José Cahali. Volumen 6. Sao Paulo, Saravia, 2002.
- SUÁREZ VARGAS, Luis. “El ‘especialísimo’ proceso de filiación”. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano. Año 2, N° 33. 15 de febrero de 2005.
- THURLER, Ana Liési. “Reconhecimento paterno, direito de cidadania”. En: www.arpenbrasil.org.br
- VALLE, Gabriel. “Ética e Direito”. Síntese. Porto Alegre, 1999.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “El nuevo proceso de filiación. En el nombre del padre”. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano. Año 2. N° 30. Lima, martes 25 de enero de 2005,
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “En el nombre del padre. El ADN: Un tsunami genético que arrasó con el formulismo procesal”. En: *El Comercio*. Lima, 26 de febrero de 2005.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “En el nombre del padre. El ADN: Un tsunami genético que arrasó con el formulismo procesal”. En: *La Ley*. Año LXIX. N° 53. Buenos Aires-Argentina, 16 de marzo de 2005.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “La bioética en las constituciones del mundo (Máxima protección al ser humano deberá ofrecer la nueva Constitución Política del Perú)”. En: *Actualidad*. Suplemento de La Ley. Año LXV. N° 207. Buenos Aires, 30 de octubre de 2001.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “La bioética en las constituciones del mundo”. En: *Actualidad jurídica*. Tomo 100. Gaceta Jurídica. Marzo, 2002.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Filiación, Derecho y Genética”. Coedición Universidad de Lima y Fondo de Cultura económica. Lima, 1999.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “El principio de libertad personal y el principio de legalidad”. En: *Actualidad*. Suplemento de La Ley. Año LXIX, N° 124. Buenos Aires, 28 junio de 2005.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Los vientos nuevos del sur en materia de filiación.”. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano. Año 2. N° 62. Lima, 6 de setiembre de 2005.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Derecho médico peruano”. Grijley. Lima, 2006.
- VELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. “Lecciones de Derecho de Familia”. 11ª edición ampliada y puesta al día. Ed. Vadell Hermanos. Caracas, 2002.

EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

- VERDERA SERVER, Rafael. “Determinación y acreditación de la filiación”. Bosh. Barcelona, 1993.
- WEBER, Albretch. “Protección constitucional de la infancia”. En: Miguel Carbonell, coordinador. *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., 2002.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL

Palabras preliminares	7
-----------------------------	---

CAPÍTULO I ANTECEDENTES Y GENERALIDADES

1. Antecedentes	11
2. Generalidades	13

CAPÍTULO II DEL PROCESO DE FILIACIÓN

1. Introducción	21
2. Características	23
2.1. Juez competente	24
2.2. Titular de la acción	25
2.3. De los lineamientos del proceso	26
2.4. Sistema abierto	29
2.5. Únicamente un proceso para la determinación de la paternidad extramatrimonial	32
2.6. Adecuación de los procesos en trámite	35
3. Del trámite	42
3.1. De la demanda	42
3.2. De la defensa y la oposición	43
3.2.1. De la defensa	43
3.2.2. Excepciones	44
3.2.3. De la oposición	46
3.2.4. Costo de la prueba	47
3.2.5. La no oposición	49
3.2.6. Inversión de la carga de la prueba	50
3.2.7. Diferencias entre la negativa y la oposición	52
3.2.8. La negativa como sucedáneo, es una presunción ...	54
3.3. Del mandato de paternidad	56
3.4. Declaración de paternidad. Sentencia	58

3.5. Apelación	59
3.6. Procedimiento. Resumen	61

**CAPÍTULO III
ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL
NUEVO PROCESO DE FILIACIÓN**

1. Antecedentes normativos	65
2. Justificación del nuevo proceso	70
3. Importancia de la norma	72
4. (Sigue) De sus opositores y los supuestos derechos violados	75
4.1. Derecho a la libertad	77
4.2. Derecho a la intimidad	79
4.3. Derecho a la integridad	82
4.4. Derecho de defensa	83
4.4.1. Derecho al debido proceso, prueba y derecho de defensa	84
4.5. Derecho a la presunción de inocencia	85
4.6. La prueba en el proceso	87
4.7. Criterio opuesto al proceso	87

**CAPÍTULO IV
LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD**

1. La identidad y la investigación de la paternidad. Dos derechos constitucionales	95
2. La aplicación del test de razonabilidad en la investigación de la paternidad extramatrimonial	99
2.1. El test de razonabilidad, los derechos del demandado y el derecho fundamental a la identidad	99
2.2. El análisis del principio de idoneidad	101
2.3. El análisis del principio de necesidad	101
2.4. El análisis del principio de proporcionalidad stricto sensu	102
3. Marco de aplicación y supuestos controvertidos	117
3.1. Marco de aplicación	117
3.2. Supuestos controvertidos	119

**CAPÍTULO V
DERECHO COMPARADO**

1. Referencias en el Derecho Comparado	123
1.1. Brasil 123	123
1.2. Costa Rica	126
1.3. Ecuador	131
1.4. Estados Unidos de América	133
1.5. Chile	134
2. Nuestra opinión sobre los sistemas analizados	137

**CAPÍTULO VI
VISOS DE CONCLUSIÓN**

• Visos de conclusión	143
-----------------------------	-----

LEY N° 28457

• Ley N° 28457: Ley que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial	145
---	-----

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

• Plenos jurisdiccionales	153
• Prueba de ADN	158
• Filiación	181
• Filiación extramatrimonial	196
• Filiación matrimonial	277
• Jurisprudencia extranjera	290

BIBLIOGRAFÍA	313
--------------------	-----

ÍNDICE GENERAL	323
----------------------	-----