

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



LA NECESIDAD DE UNA LEY QUE GARANTICE LA FILIACIÓN DE LOS
HIJOS EXTRAMATRIMONIALES DESDE SU NACIMIENTO EN
APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE FILIACIÓN Y DEL
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. PUNO 2015-2016.

PRESENTADA POR:

Katerin Ramos Quenaya

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PUNO – PERÚ

2018

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



LA NECESIDAD DE UNA LEY QUE GARANTICE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS
EXTRAMATRIMONIALES DESDE SU NACIMIENTO EN APLICACIÓN DE LOS
PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE FILIACIÓN Y DEL INTERÉS SUPERIOR DEL
NIÑO. PUNO 2015-2016

TESIS PRESENTADA POR:

Katerin Ramos Quenaya

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

APROBADA POR:

PRESIDENTE:


Dr. Sc. SERGIO V. SERRUTO BARRIGA.

PRIMER MIEMBRO:


Dr. Sc. DIANA M. DUEÑAS ROQUE.

SEGUNDO MIEMBRO:


M. Sc. CARMEN A. CCASO GUTIERREZ.

DIRECTOR / ASESOR:


M. Sc. JUAN CASAZOLA CCAMA.

Área : Ciencias Sociales.

Fecha de Sustentación: 24/07/2018

Línea : Derecho.

Sub Línea : Derechos Humanos y Derecho Constitucional.

Tema : Principios Constitucionales

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE FIGURAS	7
ÍNDICE DE TABLAS	8
ÍNDICE DE ACRÓNIMOS	9
RESUMEN.....	10
ABSTRACT	12
I. INTRODUCCIÓN	13
II. REVISIÓN DE LITERATURA	15
2.1. TERMINOLOGIA.	15
2.1.1. Niño.	15
2.1.2. Derecho.....	15
2.1.3. Derechos Humanos.....	16
2.1.4. Derechos Fundamentales.....	16
2.1.5. Principio Jurídico.....	16
2.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION.	17
2.2.1. A nivel nacional.....	17
2.2.2. A nivel internacional.....	19
2.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, OBJETIVOS, HIPOTESIS Y CUADRO DE VARIABLES	20

2.3.2. Planteamiento del problema.....	20
2.3.3. Objetivos.....	21
2.3.4. Hipótesis.....	21
2.3.5. Cuadro de variables	22
2.4. MARCO TEORICO	23
2.4.1. La Filiación.....	23
2.4.2. Filiación dentro y fuera del matrimonio.....	26
2.4.3. Acciones de Filiación.....	34
III. MATERIALES Y MÉTODOS	36
3.1. OBJETO DE ESTUDIO.....	36
3.2. UNIVERSO DE ESTUDIO	36
3.3. POBLACIÓN DE ESTUDIO.....	36
3.4. MUESTRA.....	36
3.5. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN.....	37
3.6. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	37
3.6.1 Método universal.....	37
3.6.2. Métodos Lógicos.....	38
3.7. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	38
3.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	39
3.8.1 Técnica de Investigación.....	39

3.8.2. Instrumentos de Investigación.	39
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.	40
SUBCAPITULO I. DERECHOS FUNDAMENTALES INVOLUCRADOS EN LA DETERMINACION DE LA FILIACION DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL	40
4.1.1. Derecho a la Identidad	40
4.1.2. Derecho de Alimentos.	52
4.1.3. Derecho Hereditario.....	65
4.1.4. Reconocimiento y protección legal a nivel Nacional e internacional de los derechos de identidad, alimentos y herencia.	72
4.2. SUBCAPITULO II. LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL EN LA LEGISLACION NACIONAL.	81
4.2.1. Código Civil.....	81
4.2.2. Ley N° 28457.....	90
4.3. SUBCAPITULO III. LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL EN LA LEGISLACION COMPARADA.....	94
4.3.1. Costa rica.	95
4.3.2. Brasil.....	98
4.3.3. Nicaragua.....	100
4.3.4. Panamá.....	101
4.3.5. Venezuela.....	103

4.4. SUBCAPITULO IV.- ANALISIS DE LOS PROCESOS DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL TRAMITADOS EN LAS SEDES DE PUNO Y JULIACA DEL DISTRITO JUDICIAL DE PUNO DURANTE LOS AÑOS 2015 Y 2016.	106
4.5. SUBCAPITULO V. ESTUDIO DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE FILIACION Y DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.....	121
4.5.1. Principio de Igualdad de Filiación.	121
4.5.2. Principio del Interés Superior del Niño.	128
4.6. SUBCAPITULO VI. CONTRASTACION DE UNIDADES DE ANALISIS Y CONSTATAACION DE HIPOTESIS.	144
HIPÓTESIS ESPECIFICA 01	144
HIPOTESIS ESPECIFICA 02.....	145
HIPOTESIS ESPECIFICA 03.....	149
HIPOTESIS ESPECIFICA 04	149
HIPOTESIS GENERAL.....	151
V. CONCLUSIONES	154
VI. RECOMENDACIONES.....	157
VII. REFERENCIAS	158
BIBLIOGRAFIA.....	158
WEBGRAFIA.....	162
ANEXOS.....	166

ÍNDICE DE FIGURAS

Gráfico 1 Del sujeto que instaura el proceso de filiación extramatrimonial (2015 – 2016) sedes puno y juliaca.....	107
Gráfico 2 De la edad del hijo extramatrimonial al momento de la instauración del proceso de filiación. (2015-2016)	109
Gráfico 3 Del archivamiento y/o conclusión del proceso (2015-2016).....	112
Gráfico 4 Archivamiento sin pronunciamiento sobre el fondo (2015-2016).....	113
Gráfico 5 De la oposición contra el mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial (2015-2016)	116
Gráfico 6 Resultado de la oposición contra el mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial (2015-2016)	117
Gráfico 7 Interposición del recurso de apelación contra la declaratoria de paternidad extramatrimonial (2015-2016)	120
Gráfico 8 Distribución de t-student.....	148

ÍNDICE DE TABLAS

Cuadro 1 El sujeto que instaura el proceso de filiación extramatrimonial (2015 – 2016) sedes puno y juliaca.....	106
Cuadro 2 De la edad del hijo extramatrimonial al momento de la instauración del proceso de filiación. (2015-2016)	108
Cuadro 3 Del archivamiento y/o conclusión del proceso (2015-2016)	111
Cuadro 4 De la oposición contra el mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial (2015-2016)	115
Cuadro 5 Interposición del recurso de apelación contra la declaratoria de paternidad extramatrimonial (2015-2016)	119
Cuadro 6 Cuadro de estadísticas para muestra de procesos extramatrimoniales.....	147
Cuadro 7 Prueba t-student para la muestra de procesos extramatrimoniales.....	148

ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

Art.	: Artículo
Const.	: Constitución
CC.	: Código Civil
CPC	: Código Procesal Civil
CNA	: Código de Niños y Adolescentes
CDN	: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
CIDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos
D. Leg.	: Decreto Legislativo.
Exp.	: Expediente
OC	: Opinión Consultiva.
pp.	: Páginas
p.	: Página
párr.(s)	: Párrafo/s
TC	: Tribunal Constitucional

RESUMEN

Conforme con lo establecido por la doctrina nacional y extranjera, de todas las relaciones, la más importante es sin duda la que se llama Filiación; esto es, la que vincula a los padres con sus hijos y de la cual emergen una serie de derechos y deberes entre de ambos (derecho a la identidad, alimentos y herencia tratándose de los hijos). Sin embargo, pese a que en nuestro medio se propugna la igualdad de trato de los hijos frente a sus padres, así como la protección del interés superior del niño/a, el ejercicio de esta gama de derechos, presupone la obligatoria existencia de un acto formal de reconocimiento y/o de una sentencia judicial que establezca dicho vínculo, tratándose de los hijos extramatrimoniales. En ese sentido, estimando que en nuestro medio existe una considerable cantidad de niños y niñas que no se encuentran reconocidos por su progenitor, lo que determina que, sin culpa alguna, tengan que atravesar por una serie de restricciones tanto de índole moral como material, resulta urgente la toma de acciones legislativas tendientes a trascender esta problemática. Es por ello que, la presente investigación titulada “La necesidad de una ley que garantice la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento en aplicación de los principios de igualdad de filiación y del interés superior del niño. Puno 2015-2016”, en aras de contribuir con la defensa y garantía de los derechos del menor que nacen mediante el establecimiento formal de su filiación, tiene por objetivo principal determinar si en el Perú existe la necesidad de una ley que garantice la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento. Para tal efecto se hará uso del enfoque mixto, de los métodos inductivo, deductivo y de analítico, y de las técnicas de observación y análisis de contenido. La determinación de que en el Perú existe la necesidad de una ley que garantice la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento permitirá efectuar una propuesta

normativa coherente con el resguardo del interés superior del niño y del principio de igualdad de filiación.

Palabras clave: Derechos, Filiación, Filiación extramatrimonial, Igualdad de Filiación, Interés Superior del Niño.

ABSTRACT

According to established by national and foreign doctrine, of all relationships, the most important is the one called Filiation, that links parents to their children and from which rights emerge in favor of both (right to identity, right to food and right to inheritance in the case of children). However, despite the fact that in our environment equality of treatment of children with their parents is advocated, as well as protection of the best interests of the child, the exercise of all this range of rights presupposes the obligatory existence of a formal act of recognition or a judicial sentence to establishes that link in the case of extramarital children. In this sense, estimating that in our environment there is a considerable number of children who aren't recognized by their parent, which determines that, without any fault have to go through a series of restrictions both moral and material, it is urgent to take legislative actions tending to transcend this problem. That is why the present investigation entitled "The need for a law that guarantees the affiliation of the extramarital children from their birth in application of the principles of equality of filiation and of the child's superior interest. Puno 2015-2016 " in order to contribute to the defense and guarantee of the rights of the child born through the formal establishment of their filiation, the main objective is to determine if in Peru there is a need for a law that guarantees the filiation of extramarital children from birth. For this purpose, will be used the mixed approach, the inductive, deductive and analytical methods, and the techniques of observation and content analysis. The determination that Peru need for a law that guarantee the filiation of extramarital children from birth will allow for a normative proposal consistent with the protection of the child's superior interest and the principle of equality of filiation.

Keywords: Rights, Filiation, Extramarital filiation, Equality of Filiation, The child's superior interest.

I. INTRODUCCIÓN

La Filiación representa uno de los institutos más esenciales dentro del derecho de familia, y ello es así, por cuanto de su establecimiento y/o determinación emergen una serie de efectos legales que se concretan en el goce y/o ejercicio de derechos y obligaciones por parte de los sujetos vinculados por ella, siendo estos sujetos el padre o la madre y el hijo o hija - filiación en sentido estricto-.

Es en virtud de esa indiscutible importancia atribuida a este instituto que nuestra Constitución en su artículo 6° recoge el principio de unidad de filiación que establece que todos los hijos tienen iguales derechos sin discriminar su procedencia matrimonial o extramatrimonial.

No obstante, la consagración de este principio, la realidad social nos muestra la existencia de un panorama distinto en el ejercicio de derechos de los hijos extramatrimoniales en relación a los hijos cuyos padres se encuentran unidos en matrimonio. Hecho que nos conduce a preguntarnos si realmente los hijos extramatrimoniales tienen los mismos derechos en relación con estos últimos, y de ser así, por que su goce y ejercicio es imperceptible a la vista de la sociedad.

Por otro lado, la actual coyuntura legal y jurisprudencial existente a nivel nacional e internacional en materia filiatoria, nos muestra una tendencia en los órganos legislativos y judiciales, todos ellos en el ámbito de sus propias competencias, de fundar sus acciones y/o decisiones tomando como criterio directriz el principio del Interés Superior del Niño que se encuentra consagrado legislativamente en la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, instrumento jurídico que, en merito a la cuarta disposición transitoria de nuestra Constitución Política del estado, es de carácter vinculante para el Perú; hecho que también nos lleva a preguntarnos si es que acaso este principio, de amplia relevancia, ha sido aplicado en la elaboración de las normas que regulan el instituto filiatorio en nuestro país, donde se puede percibir

la existencia de miles de niños que a falta de reconocimiento de sus progenitores se encuentran despojados de una serie de derechos, los cuales emergen de una filiación establecida de manera formal.

En este escenario de cuestionamientos, es que surge la presente investigación titulada “La necesidad de una ley que garantice la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento en aplicación de los principios de igualdad de filiación y del interés superior del niño. Puno 2015-2016”, que se orienta a examinar la regulación nacional existente en materia filiatoria, en específico de las normas concernientes a la “filiación extramatrimonial”, por cuanto en ella se encuentran involucrados niños y niñas y adolescente, así como el goce y ejercicio de una serie de “derechos fundamentales” vinculados con su bienestar integral, los cuales también se busca identificar en este trabajo.

Asimismo, con esta investigación se busca realizar un examen de los Principios de Igualdad de Filiación y del Interés Superior del Niño, dos importantes principios que deben converger al momento de adoptar cualquier medida vinculada al ámbito regulatorio en esta materia.

Los resultados obtenidos de este estudio nos permitirán elaborar una propuesta normativa que responda al contenido de los principios antes aludidos para de esta manera efectivizar el derecho a la filiación de los niños niñas y adolescentes y con ella los derechos fundamentales que de ella resultan.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. TERMINOLOGIA.

2.1.1. Niño.

Para Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se entiende Por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Niño en la legislación peruana: Todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad.

2.1.2. Derecho.

El concepto de derecho que importa a la presente investigación es aquella apreciada desde el punto de vista subjetivo, según el cual es: "...la facultad de obrar que se tiene para satisfacer un interés propio. En este sentido, constituye un medio para eliminar las necesidades que experimenta el hombre y no un fin en sí mismo.

Dicha facultad puede traducirse en un "poder" (entendido este término en un sentido muy lato) o en una pretensión. Lo primero ocurre cuando el titular del derecho subjetivo tiene la posibilidad de realizar su interés mediante un comportamiento propio. Lo segundo ocurre cuando tal titular tiene que recurrir a un tercero para lograr dicha realización.

Para su existencia, el derecho subjetivo requiere de tres entidades que, a pesar de ser ontológicamente distintas a él, le resultan imprescindibles. Estas entidades son el objeto, la garantía y la tutela. (i). El objeto del derecho subjetivo es aquella entidad (material o inmaterial) sobre la cual "recae" la facultad de obrar, determinando que la misma no sea meramente "ilusoria". Dependiendo del contenido de la dicha facultad, el objeto será una cosa (incluso ideal) o una conducta. (ii). La garantía del derecho subjetivo es una situación jurídica subjetiva opuesta a él,

que tiene la función de permitir su existencia y, la realización del interés presupuesto en el mismo.

(iii). La tutela del derecho subjetivo es una situación jurídica subjetiva de ventaja que nace a modo de reacción del ordenamiento jurídico ante la lesión (o el peligro de lesión) de un interés. Dicha situación tiene como finalidad eliminar el obstáculo que impide la satisfacción de un interés o, lograr la satisfacción de uno nuevo cuando el original hubiera desaparecido. (Escobar, p.280)

2.1.3. Derechos Humanos.

Para tener una aproximación sobre el concepto de derechos humanos haremos referencia a lo expuesto en el seminario sobre derechos humanos de 1996 - la Habana y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos - IIDH, en el que se sostuvo:

“La sociedad contemporánea, y particularmente la comunidad internacional organizada, han reconocido que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos”. (p. 17).

2.1.4. Derechos Fundamentales.

“Los derechos fundamentales son definidos como aquella parte de los derechos humanos que se encuentran garantizados y tutelados expresa o implícitamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular...” (García, 2013, p. 7).

2.1.5. Principio Jurídico.

El concepto de “principio jurídico” puede ser usado en diversos sentidos o acepciones, entre las cuales, a juicio de Atienza y Ruiz (2007) los más significativos son los siguientes: en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son

muy generales; en el de norma redactada en términos particularmente vagos, como consecuencia de la incorporación en la misma de un número de conceptos jurídicos indeterminados; en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; en el sentido de norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico; en el de una norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad sea relativamente bajo; en el sentido de norma de elevada jerarquía; en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, como se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.; y, en fin, en el sentido de regla iuris, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. (p.3)

2.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION.

2.2.1. A nivel nacional.

a) *Pinella Vega, Vanessa (2014)*. En la Tesis titulada: *“El Interés Superior del Niño/Niña vs. Principio al debido proceso en la Filiación Extramatrimonial”*, se analizó si, dentro de un proceso de filiación extramatrimonial, se debería de primar el interés superior del niño/niña o el principio del debido proceso. La misma concluyo en que, lo primordial es preservar el derecho a la identidad y la verdad biológica del niño/niña ante cualquier derecho que pretenda colocar trabas a su correcta aplicación, como lo son los derechos procesales del presunto padre (debido proceso, tutela jurisdiccional y cosa juzgada dentro de un proceso de filiación extramatrimonial), ya que si bien este tiene derechos que están protegidos por el ordenamiento jurídico, entran en controversia con el derecho fundamental del menor a la identidad que guarda relación con el interés superior del niño/niña, el mismo que está por encima de los otros derechos procesales, porque se trata de un derecho que afecta a niños, niñas y adolescentes, por lo que merece una mayor protección.

b) **Pérez Portocarrero, Milagros Isabel (2016)**. En la Tesis titulada: **“Primacía de la Identidad del Menor”**, Expediente N° 04509-2011-AA/TC San Martín Caso: Estalin Mello Pinedo” se analiza el Expediente en mención a efectos de determinar si dentro de un proceso de filiación extramatrimonial, debería primar la protección del derecho a la identidad del menor o el principio del debido proceso. La misma concluyo estableciendo que el derecho a la identidad, así como la verdad biológica es indispensable para construirnos desde pequeños nuestra propia identidad, a saber, nuestros orígenes, quiénes somos, de dónde procedemos; y es así que con la Ley N° 28457 la incógnita del emplazado será dilucidada y el dicho de la madre será reafirmada. Así también se determinó que la protección del menor y los derechos del niño no son dejados de lado por el Tribunal Constitucional, el máximo intérprete de la norma y la Constitución, lo cual conlleva a dejar precedentes a fin de que, en posteriores conflictos, sean otras las partes, cualquiera de los litigantes sienta que existe la convicción de asegurar no solo la identidad de un menor sino también el debido proceso.

c) **Dennis Aura Cecilia Ruiz Pereda y Harish Vizconde Cipriano (2016)**. En la Tesis titulada **“Derecho a la Identidad como objeto de protección de la Ley N° 28457 que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”** se analizó si La Ley N° 28457 ha coadyuvado a proteger el derecho de identidad de los hijos extramatrimoniales en la medida que más personas han tenido accesibilidad a interponer sus pretensiones y concluirlas favorablemente de forma rápida, eficiente y oportuna. La misma concluyo señalando que La Ley N° 28457 hace más expedito y aligera la duración en el trámite de los procesos de filiación, en esa medida ha coadyuvado a proteger el derecho de identidad de los hijos extramatrimoniales. Así también determino la no existencia de vulneración alguna de los derechos del demandado, toda vez que estos están garantizados por la oposición o apelación.

d) *Tupayachi Sotomayor (2014)*. En la tesis titulada: **“El Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial - Ley 28457 y su incidencia en el Marco Legal Peruano”** se analiza el procedimiento establecido en la ley en mención que tiene fundamento en el cumplimiento del Derecho a la Identidad por parte del menor, y su incidencia en el Marco Legal Peruano en lo tocante al debido proceso. La misma concluye señalando: “Debe darse un marco legal “que obligue” a los padres a cumplir sus responsabilidades. Como tal, este debe contener diversos supuestos, que hagan que las partes del proceso puedan hacer efectivos sus derechos, en pos de la verdad material, siendo que la prueba del ADN debe estar al alcance de las partes, quienes deberán asumir con responsabilidad el costo y la actuación de los mismos. Asimismo señala que la valoración y actuación de la prueba del ADN por el juzgador debe conllevar al beneficio directo del menor, en aplicación al Derecho de Identidad, pero este debe ser ponderado frente a otros derechos del mismo nivel como son: el derecho a la unidad familiar, una estabilidad emocional, la misma que en muchos casos es frustrada por caprichos personales de padres irresponsables en su tiempo, dejando de lado lo más beneficioso al menor”.

2.2.2. A nivel internacional.

a) *Arévalo Díaz, Isabel (2004)*. En la tesis titulada: **“El Derecho del Niño a tener una Filiación y una Identidad Auténticas”**, se analiza la trascendencia de la institución familiar de la filiación, los derechos del niño empezando por su identidad, y la necesidad imperiosa de ir revisando y modificando la normatividad correspondiente, y la relacionada con la misma. La misma concluye señalando que al ser la Filiación el primer vínculo que tiene una criatura con el mundo, se sugiere, mediante esta tesis, que la identidad de los pequeños sea respetada por sobre todas las cosas, mediante la facilidad que se le de a los progenitores verdaderos, para que el menor sea registrado con el derecho que le corresponde, por ser un lazo natural, que nadie ni nada lo debe

violentar, pues sólo a través de la verdad, la niñez crecerá con una dignidad propia y auténticamente humana, con la que se sentirá con más libertad, más igualdad y, sobre todo, con seguridad jurídica, que son, precisamente, los valores que nos permiten el acceso a la Justicia, cuyo alcance es el objetivo principal del Derecho. Otra razón de suma importancia que establece el autor es que, al reconocerse la filiación auténtica, se fomentará un alto sentido de responsabilidad paternal y maternal, que se transmitirá de hecho y de derecho a los niños(as).

2.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, OBJETIVOS, HIPOTESIS Y CUADRO DE VARIABLES

2.3.2. Planteamiento del problema.

2.3.2.1. Enunciado general del problema.

¿En el Perú, existe la necesidad de una ley que garantice la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento?

2.3.2.2. Preguntas específicas.

- 1) ¿Qué derechos del niño se encuentran involucrados en el establecimiento de su filiación?
- 2) ¿Las leyes nacionales en materia filiatoria, garantizan la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento?
- 3) ¿En la legislación comparada se protege y garantiza la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento?
- 4) ¿Por qué la filiación de los hijos extramatrimoniales debería ser garantizada legislativamente desde su nacimiento?

2.3.3. Objetivos.

2.3.3.1. Objetivos generales.

Determinar si en el Perú, existe la necesidad de una ley que garantice la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento.

2.3.3.2. Objetivos específicos.

1) Estudiar los derechos del niño que se encuentran involucrados en el establecimiento de su filiación.

2) Determinar si las leyes nacionales existentes en materia filiatoria, garantizan la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento.

3) Determinar si en la legislación comparada se protege y garantiza la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento.

4) Establecer porque la filiación de los hijos extramatrimoniales debería ser garantizada legislativamente desde su nacimiento.

2.3.4. Hipótesis.

2.3.4.1. Hipótesis general

En el Perú, existe la necesidad de una ley que garantice la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento a fin de asegurarles el goce y ejercicio de sus derechos de identidad, alimentos y herencia en aplicación del principio del interés superior del niño y del principio de unidad de filiación.

2.3.4.2. Hipótesis específicas.

1) Los derechos del niño involucrados en el establecimiento de su filiación son el derecho de identidad, de alimentos y de herencia, los cuales se encuentran reconocidos legislativamente a nivel nacional e internacional – Convenciones y Tratados de DD.HH.

2) La garantía filiatoria de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento se encuentra desprotegida por las leyes nacionales existentes en la materia, ello en la medida que, la determinación de la filiación de estos niños queda relegada a la entera voluntad de sus padres y/o de un tercero con legítimo interés, en su caso; situación que acarrea su consecuente falta de certeza y seguridad.

3) En la legislación comparada existen ordenamientos que protegen y garantizan la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento, tal es el caso de Costa Rica, Brasil, Venezuela, Panamá, y Nicaragua.

4) La filiación de los hijos extramatrimoniales debe ser garantizada legislativamente desde su nacimiento en aplicación de los principios de unidad de filiación y del interés superior del niño, los cuales se orientan a la protección de los derechos de los niños y la plena satisfacción de los mismos; debiendo los órganos legislativos sujetar su actuación al estricto al contenido normativo de los mismos en la creación y/o modificación de normas que involucren los derechos de la niñez.

2.3.5. Cuadro de variables

VARIABLE	DIMENSIONES	INDICADORES
Variable independiente: Filiación de los hijos extramatrimoniales	Derechos fundamentales. Legislación	Derecho de identidad Derecho de alimentos. Derecho hereditario Legislación nacional. Legislación comparada. Sujeto que instaura el proceso.

	Procesos judiciales sobre filiación extramatrimonial.	Edad del hijo extramatrimonial al momento de la instauración del proceso de filiación. Archivamiento y conclusión del proceso. Oposición al mandato de declaración de paternidad extramatrimonial. Apelación contra la declaratoria judicial de paternidad extramatrimonial
Variable dependiente: Principios del derecho filiatorio.	Principio de igualdad de filiación. Principio del interés superior del niño.	Definición y contenido. Resguardo normativo nacional e internacional (tratados de DD. HH). Definición y contenido. Resguardo normativo nacional e internacional (tratados de DD. HH).

Fuente: Elaboración Propia.

2.4. MARCO TEORICO

2.4.1. La Filiación.

2.4.1.1. Definición.

El origen etimológico de la palabra filiación proviene de la voz latina *filius*, que a su vez se origina de *filium* que significa hijo, procedencia del hijo respecto de los padres o, simplemente, relación del hijo con sus progenitores. Téngase presente, que la relación paterno filial varía según se contemple desde el lado de los progenitores (paternidad o maternidad) o desde el lado de la

progenitura (filiación). Es más, se determina según las circunstancias legales de la unión de los padres.

En sentido genérico, la filiación es la relación que vincula una persona con todos sus antepasados y sus descendientes y, en sentido estricto, la que vincula a los padres con sus hijos. (Cornejo,1985, p.11).

En relación a la filiación en sentido estricto, el maestro Cabanellas (1981) señala que “la filiación significa por antonomasia para el Derecho Civil, la procedencia de los hijos respecto a los padres; la descendencia de padres a hijos. También, la calidad que el hijo tiene con respecto a su padre o madre, por las circunstancias de su concepción y nacimiento, en relación con el estado civil de los progenitores”. Díez-Picazo y Gullón por su parte expresan que:

“Inicialmente, la filiación es un hecho biológico, consiste en que una persona ha sido engendrada o procreada por otra. Esa inicial realidad biológica es recogida y regulada a posteriori por el ordenamiento jurídico, que distribuye derechos y obligaciones entre los progenitores y los seres procreados por ellos o, dicho de modo más sencillo, entre padres e hijos. Puede por ende decirse que la relación jurídica de filiación se establece entre las personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre (padre y madre) y las que sitúa en la de hijos”. (1983, p. 311).

En opinión de Monge (2003),

La filiación representa el vínculo jurídico que une un niño a su madre (filiación materna) o su padre (filiación paterna). Además, señala que, para establecer ese vínculo, que funda el *parentesco*, el Derecho se apoya en ciertos elementos: la verdad biológica, la verdad sociológica (el hecho de vivir en calidad de hijo), la manifestación de voluntad de los interesados (el reconocimiento).

Así el derecho de la filiación, "regula el conjunto de normas que organizan el emplazamiento en el estado de familia que implica la relación jurídica paterno-materno filial, y, consecuentemente, la modificación o extinción de dicho estado de familia". (Zannoni, 1998, p. 307).

Una definición que sintetiza las anteriores es la que esboza el maestro Puig (1971), quien señala que:

La filiación se basa fundamentalmente, aunque no exclusivamente, en un hecho natural. No hay filiación sin un hecho natural de filiación preexistente.

La filiación es un estado, ya que, frente al orden jurídico, el hecho natural de la procreación representa un "estado", es decir, una especial posición ante el orden jurídico, que genera una serie de derechos y obligaciones entre el procreado y procreante.

La filiación supone siempre una investidura legal, en la medida que es el derecho el que determina o declara el tipo de filiación, presunciones y presupuestos que sustentan cada tipo de filiación. (pp. 6 y 7).

La doctrina nacional moderna sostiene que la filiación es la más importante relación de parentesco y que partiendo de una realidad biológica, cual es la procreación, surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tiene como tema central la problemática legal acerca de los padres e hijos.

Bajo esa premisa Méndez C. (2001) considera que "el juicio de filiación hoy en día es netamente pericial" en virtud de que los lazos biológicos familiares que lo sustentan son irrefutables y por ende ameritan un estudio serio y pormenorizado, en el que no pueden faltar los test biológicos de rigor. (p. 124)

2.4.2. Filiación dentro y fuera del matrimonio.

2.4.2.1. Filiación matrimonial.

Doctrinariamente la filiación matrimonial es el vínculo jurídico que surge entre un hijo y sus progenitores cuando la criatura ha sido concebida o nacido durante el matrimonio, también hay filiación matrimonial cuando en el acto del matrimonio posterior al nacimiento del hijo se reconoce a este como tal. No obstante, debemos mencionar que cada legislación hace una regulación diferenciada de esta clase de filiación, en el caso peruano, si bien no existe una disposición legal expresa que defina esta clase de filiación, si consagra los casos en los cuales a un hijo se le considera matrimonial, así el art. 361 del C.C. señala: “el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido” (art. 361 del C.C).

La filiación matrimonial es la forma más representativa de la figura jurídica de la filiación, ya que al estar dos personas casadas y dentro del matrimonio nace el hijo o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución - en el caso nuestro -, surge inmediatamente una relación paterno filial entre el hijo con la pareja de esposos y trae consigo los efectos propios de dicha figura.

2.4.2.1.1. La Determinación de la Paternidad Matrimonial.

En caso de que el hijo nazca de mujer casada, la paternidad queda atribuida, ministerio *legis*, al marido de ésta; es decir, sin necesidad de reconocimiento expreso por parte del marido, la ley le atribuye la paternidad de los hijos que tiene su esposa con posterioridad a la celebración del matrimonio.

La presunción de paternidad matrimonial es una presunción legal relativa, que asigna la paternidad con carácter imperativo, de modo que no puede ser modificada por acuerdo de partes;

salvo que, en sede jurisdiccional y ejercitando la pretensión de impugnación de la paternidad matrimonial, se actúen las pruebas y se obtenga una sentencia que la deje sin efectos.

La presunción de paternidad matrimonial tiene una vigencia en el tiempo. Al efecto, debe tenerse en cuenta que la ley considera que el término máximo de un embarazo es de trescientos días y el mínimo, de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento. En tal sentido y en estricto, se establece que la presunción de paternidad matrimonial rige desde los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días siguientes de su disolución (artículos 361°, y 363°, inciso 1, del C.C. Peruano).

2.4.2.2. Filiación Extramatrimonial.

La filiación extramatrimonial es aquella que se da fuera del matrimonio, producto de la procreación entre padre y madre, sin encontrarse unidos entre sí, es decir solo por el vínculo mas no por el matrimonio. (Puig Peña; 1947,p, 66).

2.4.2.2.1. Determinación de la Paternidad Extramatrimonial.

Si los padres no son casados, el niño es extramatrimonial, lo que significa que el establecimiento de su filiación paterna no es automático. Cada uno de los padres puede establecer el vínculo de filiación que le une al niño en forma separada; cada padre es independiente del otro, tratándose del reconocimiento, de tal forma que, la indicación del nombre del padre por parte de la madre en la partida de nacimiento, no genera consecuencias jurídicas respecto del vínculo paterno; ello se aprecia en el artículo 21 del Código Civil modificado por Ley 28720 que establece en su primer párrafo,

Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo

inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación.

La presunción de la paternidad, al ser un efecto del matrimonio, no existe en la filiación extramatrimonial. Para establecer el vínculo de filiación respecto de su padre, es necesario el *reconocimiento* practicado por el progenitor en el acta de nacimiento del hijo, en escritura pública o en testamento o por sentencia dictada en un proceso de filiación extramatrimonial, como lo disponen los artículos 390 y 402 de nuestro C.C.

Asimismo, conforme lo establece el artículo 171° modificado por la Ley 28439 del Código de los Niños y Adolescentes, sí durante la audiencia única el demandado aceptare la paternidad, el juez tendrá por reconocido al hijo. Si el hijo no ha sido reconocido por su padre, tiene el derecho para recurrir ante la autoridad jurisdiccional y plantear la demanda correspondiente para lograr la declaración judicial de paternidad.

a. Reconocimiento

- Concepto

“La palabra reconocimiento etimológicamente deriva del verbo latino *recognoscere* que significa confesar, declarar, admitir, convenir con algo, en su caso, examinar un hecho para percatarse de su naturaleza e identidad. Viene a ser, por consiguiente, un modo de determinación específica, en este caso de la filiación no matrimonial”. (Peralta, 2008, p. 461)

En sentido jurídico, Méndez Correa nos dice que el reconocimiento “...es el acto jurídico unilateral, voluntario, que expresa una declaración formal de paternidad o maternidad, la cual es realizada por el padre o la madre sobre el hijo” (2001, p. 159).

Para Méndez Costa el reconocimiento viene a constituir “un acto jurídico facultativo, esto es, absolutamente voluntario porque nadie puede ser obligado a manifestar libremente su voluntad de declararse padre o madre de un determinado hijo ...”. (1986 p. 213).

Para quien investiga el reconocimiento es un acto voluntario por el que el padre o la madre de un hijo extramatrimonial declara formalmente la relación paterno-filial impulsado por razones de conciencia, o por la íntima convicción de la veracidad del vínculo, o por cualquier motivo semejante. El derecho no hace fuente a este acto, sino otorgarle validez cuando se realiza con ciertas formalidades que le confieren autenticidad y seriedad.

- *Naturaleza jurídica*

En cuanto a su naturaleza jurídica, el actual C.C. no trae una disposición expresa, por lo que, debe resolverse teniendo en cuenta la doctrina y la legislación comparadas, que coinciden y comparten el carácter declarativo del reconocimiento, cuyo contenido implícito es la “declaración” de que ha existido el hecho biológico de la procreación, del que ha nacido el hijo sobre el que recae el acto del reconocimiento. Por eso, piensa Albaladejo, que “...el efecto del acto de reconocer es el de convertir la filiación biológica en filiación jurídica, es decir, constituir el estado”. (2002, p.389).

- *Características*

Como acto jurídico el reconocimiento extramatrimonial presenta los siguientes caracteres:

a) *Voluntario*, el reconocimiento depende de la declaración de voluntad del reconociente. (Méndez Costa, p 75.), b) *Unilateral*, ya que sólo es necesaria la voluntad de quien efectúa el reconocimiento, siendo una voluntad unilateral expresa y directa, no requiriéndose la aceptación del reconocimiento. (Placido, 2002, p 145), c) *Declarativo*, desde que no requiere la aceptación expresa del hijo reconocido, excepto si el hijo es mayor de edad que pretenda reclamar derechos

sucesorios y/o alimentarios. *d) Personal*, porque nadie más que el padre o la madre pueden afirmar la existencia de un lazo de filiación con el hijo que se reconoce. Sin embargo, por excepción el reconocimiento puede hacerse mediante apoderado con poder especial en cuyo caso, este solo será un portavoz de la voluntad exclusiva del padre o de la madre (Peralta, 2008, p. 464). Además, la ley establece que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos en caso de muerte o cuando estos se hallen comprendidos en ciertos casos de incapacidad y de ausencia (Art. 389°.C.C, *e) Puro y Simple*, por cuanto, no puede estar sujeta a modalidad alguna (artículo 395° C.C.) *f) Formal*, porque requiere del cumplimiento de ciertas solemnidades establecidas en la ley ya que un acto de esta naturaleza importa que se deje constancia de su realización. *g) Irrevocable*, es decir que no puede ser dejado sin efecto por una declaración de voluntad posterior y contraria. “La irrevocabilidad del reconocimiento es consecuencia de la inalienabilidad del estado de familia que constituye o del cual es su presupuesto” (Peralta, 2008, p. 465); quién lo practica no puede luego, por su voluntad, dejarlo sin efecto, sin perjuicio de las acciones de impugnación y de invalidez.

- *Efectos.*

Los efectos jurídicos resultantes del reconocimiento del hijo - los mismos que consideramos de trascendencia para la presente investigación - de acuerdo a lo señalado por la doctrina mayoritaria son: *i) El hijo adquiere el estado de hijo extramatrimonial*, sin duda alguna el efecto sustancial del reconocimiento es la atribución a una persona del estado de hijo extramatrimonial, por lo que adquiere todos los derechos, obligaciones y deberes inherentes a su calidad de tal” (Server, 1993, p. 66) ; *ii) Los padres tienen el deber de ejercer la patria potestad del hijo reconocido*, por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y de los bienes de sus menores hijos reconocidos libre y voluntariamente; *iii) El hijo extramatrimonial tiene el derecho*

a alimentos habitación, vestido y asistencia médica; cuando es menor de edad comprende también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo (Camacho, 2007, p. 19) ; *iv) Tiene derechos hereditarios*, por lo que el hijo reconocido por el padre y/o la madre es su heredero forzoso, que concurre con los hijos matrimoniales en iguales condiciones (Server, 1993, p. 72); *v) Adquisición del apellido del progenitor* que lo ha reconocido voluntariamente, pero si hubiera sido reconocido por ambos padres, llevará el apellido de los dos; *vi) Asentimiento para el matrimonio de menores*, ya que los menores requieren el asentimiento expreso de sus padres; *vii) Los padres tienen derecho a designar a un tutor en testamento o en escritura pública al hijo menor*. A falta de tal designación el reconocimiento otorga a los ascendientes el derecho a ejercer tutela legítima. Así mismo, los padres pueden excluir de la tutela a ciertas personas, sin expresión de causa; *viii) El reconocimiento confiere a los padres el ejercicio del cargo de curadores* respecto de los hijos incapaces mentales y minusválidos, así como de los que sufran pena que lleva anexa la interdicción civil.(Peralta, 2008, 471-473).

b) Declaración Judicial de Paternidad Extramatrimonial.

- Definición.

“Denominado también reconociendo forzoso, reconocimiento judicial y con mayor propiedad "declaración judicial de filiación extramatrimonial", viene a ser un modo específico de emplazamiento de la paternidad o maternidad de una persona determinada, cuando el padre o la madre se resisten a reconocerlo voluntariamente ya porque desconfía de la verdad del vínculo biológico, por mala fe o intención deliberada de causar un daño, casos en los cuales se hace necesario su compulsa judicial.

También se dice que son acciones que permiten la investigación tanto de la paternidad como de la maternidad extramatrimoniales con la finalidad de que en su oportunidad el órgano

jurisdiccional declare mediante sentencia la relación paterno-filial existente entre una persona y sus progenitores...”. Puede decirse también que “la declaración judicial de filiación extramatrimonial es un medio de establecerla en defecto del reconocimiento, por virtud de una sentencia en la que se declare, en los casos expresamente señalados por ley, que una persona es padre o madre de un determinado hijo”. (Peralta, 2008, p.478).

- Naturaleza Jurídica.

Augusto Belluscio (2004) señala lo siguiente “la filiación extramatrimonial es una acción declarativa, de reclamación y de emplazamiento en el estado de familia, y tal como afirma Clemente de Diego, no se trata de indagar o inquirir una paternidad o maternidad, sino de pedir una declaración de esta relación de filiación ya existente en natural pero negada por los padres”.

Algunos piensan lo contrario, que esta sentencia de filiación hace nacer ésta, que antes de ella no existía, esto es hacer nacer el derecho, constituye el derecho.

Creemos como Belluscio y Clemente de Diego que la sentencia judicial de filiación declara un vínculo que ya existe.

-Doctrina Jurídica.

Según el maestro Peralta (2008), son tres las posturas o doctrinas existentes en torno a la investigación de la paternidad extramatrimonial, siendo estas las siguientes:

Doctrina negativa. - Ésta sustenta la tesis de que debe prohibirse la investigación judicial de la relación paterno-filial extramatrimonial, cuya averiguación o exploración en sus dos formas (paternidad o maternidad) no están permitidas por las razones siguientes:

1) El carácter inmoral o indecente de las relaciones extramatrimoniales, a veces, monstruosas o vergonzantes, como ocurre en el caso de la filiación incestuosa, adulterina, sacrílega y mancillada que hacen aconsejable su no investigación.

2) La dificultad de su probanza, sobre todo porque dichas relaciones se llevan a efecto dentro de la más severa intimidad, que imposibilitan probarla. Luego, nadie podría asegurar que una persona es padre de otra, ya que lo único que puede afirmarse son las relaciones habidas con la madre. Se entiende que la probanza de la maternidad es más factible que el de la paternidad porque se expresa objetivamente en el hecho del embarazo y del parto.

3) Las imputaciones de paternidad en procesos escandalosos que perturban la paz familiar (...)

Doctrina positiva. - Pregona la idea de no prohibir la investigación judicial de los vínculos paterno-filiales de carácter extramatrimonial, basado en:

1) El derecho a la obtención y difusión de la verdad, pues, los hijos deben encontrar a sus verdaderos padres y los padres a sus hijos y que ello indudablemente sea conocido por quien o quienes tengan interés.

2) El buen orden social que reclama un mínimo de justicia para los hijos extramatrimoniales y que, fundamentalmente, reluzca la verdad por encima de toda hipocresía, los prejuicios y convencionalismos sociales. (...)

Doctrina Intermedia. - Tratando de contemporizar ambas posiciones doctrinarias, el derecho opta hoy por franquear la posibilidad de indagar la maternidad y con severas restricciones si se refiere a la investigación de la paternidad. Esta es la posición del Código Civil peruano.

Sin embargo, las legislaciones contemporáneas, en razón de sus innegables principios de justicia han hecho ganar terreno a la doctrina positiva que admite la investigación de la filiación extramatrimonial en forma amplia, al punto de que puede decirse que actualmente ninguna legislación la rechaza de plano. (pp. 479-481).

2.4.3. Acciones de Filiación.

2.4.3.1. Definición.

“Las acciones y pretensiones de filiación están referidas al estado de familia y buscan el establecimiento del verdadero *status fili* o calidad de hijos a través de un emplazamiento (iniciado por quien lo carece) o un desplazamiento (cuando la filiación establecida no coincide con la real)” (Varsi, 2004, p. 139).

Para Jorge Azpiri “son aquellas que procuran obtener un pronunciamiento judicial para construir, modificar o extinguir un emplazamiento familiar” (2000, p. 113).

2.4.3.2. Características.

De acuerdo con el jurista Enrique Varsi (2004) las acciones de filiación tienen las siguientes características:

Imprescriptibles. - El tiempo no puede afectar el ejercicio del derecho de acción ni su procedibilidad y admisibilidad.

Inalienables. - No tienden a ser limitados, ni pueden ser susceptibles de restringir su único efecto de determinación del vínculo filial.

Personales. - Porque la titularidad de la acción solo recae en el interesado en su declaración. Esta característica está perdiendo relevancia por no ser *intuitio personae*, al primar el interés de la verdad. Sin embargo, la tendencia actual es liberalizar la legitimidad de obrar.

Intransmisibles. - Por tratarse de un derecho personalísimo.

Indisponibles. - Por tratarse del reconocimiento de derechos propios, intransmisibles, e incapaces de encontrar solución a través de un medio alternativo de solución de conflictos.

Irrenunciables. - Puede dejar de ejercitarse el derecho de acción pero el derecho mismo de reclamar o reconocer un vínculo filiatorio es propio al sujeto.

Eficacia Erga Omnes. - Sus efectos son generales respecto a las personas que están vinculadas filiativamente, sentencia que involucra a todos sus sujetos procesales. “Las sentencias derivadas de estas acciones tienen efecto erga omnes” (Sambrizzi, 2010, p. 537).

Declarativas. - Por medio de la resolución judicial se reconoce la pretensión exigida declarándola positiva o negativa según la parte resolutive emitida por el órgano jurisdiccional.

Eficacia en su realización. - Una vez reconocido legalmente el vínculo es posible el ejercicio de derechos propios del carácter jurídico del nuevo estatus, por lo tanto, genera responsabilidad la relación de parentesco y la imposición de obligaciones que determinan el derecho de familia, menores y sucesiones.

2.4.3.3. Acción de reclamación.

“Se le conoce como la acción de declaración positiva o vinculación de estado civil”. Es una acción de emplazamiento, que se traduce en colocar a una persona en un determinado estado de familia; es decir busca establecer una filiación a quien no la tiene” (Varsi, 2004, p. 141).

Es un acto de estado que busca la declaración de un vínculo de filiación que no se ostenta.

En nuestro caso ubicamos este razonamiento en buscar el asentamiento de la pretensión de filiación con la afirmación jurídica de una realidad biológica probada por medio de una prueba científica.

Por medio de las acciones judiciales se procura la identificación de los vínculos de filiación.

“El fundamento de estas acciones reside en la prueba de un hecho; la correspondencia entre la verdad biológica (procreación) y el estado filial (situación de hecho). De allí que sea de la realidad biológica el que se establezca (determinación) o quede sin efecto (impugnación) el vínculo filiativo respecto del hijo y sus padres” (Varsi, 2004, p. 141).

2.4.3.3.1. Acción de reclamación de Filiación Extramatrimonial.

La doctrina muestra los parámetros necesarios para interpretar esta acción:

“Lógicamente es exigible al padre o a la madre, teniendo:

Paternidad, acreditando los supuestos legales sociales o la vinculación genética.

Maternidad, acreditando los supuestos sociales o la vinculación genética.

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. OBJETO DE ESTUDIO

- Derechos involucrados en la filiación.
- Legislación Nacional y comparada de la filiación extramatrimonial.
- Procesos de Filiación extramatrimonial.
- Principio del Interés superior del niño.
- Principio de unidad de filiación.
- Tratados internacionales.

3.2. UNIVERSO DE ESTUDIO

Los procesos de filiación extramatrimonial.

3.3. POBLACIÓN DE ESTUDIO

492 expedientes sobre procesos de filiación extramatrimonial seguidos en el Distrito Judicial de Puno - Sede Puno y Juliaca - durante los años 2015 y 2016.

3.4. MUESTRA

Para el cálculo de la muestra utilizaremos la fórmula para la determinación del tamaño de la muestra en poblaciones finitas: (Sampieri, 2010, p.178).

$$n = \frac{N \cdot Z^2 \cdot p \cdot (1-p)}{(N-1) \cdot e^2 + Z^2 \cdot p \cdot (1-p)}$$

Donde:

N = Universo (490).

e = error de estimación. (consideraremos 5%)

n = tamaño de la muestra

Z = valor del nivel de confianza (Para niveles de confianza de 95%, $Z=1.96$)

P = probabilidad de que ocurra el evento (cuando no contemos con suficiente información, le asignaremos $p = 0.50$)

Así de esta manera reemplazamos los valores

Tenemos: $n = 216$

Así, el tamaño de la muestra estará conformado por 216 expedientes sobre filiación extramatrimonial seguidos en el Distrito Judicial de Puno - Sede Puno y Juliaca - durante los años 2015 y 2016, los mismos que serán analizados para contrastar la información obtenida de aquellas otras fuentes que conforman el objeto de estudio de la presente investigación.

3.5. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación tiene un enfoque Cualitativo-cuantitativo o mixto que representa un conjunto de procesos sistemáticos, empíricos y críticos de investigación e implican la recolección y el análisis de datos cuantitativos y cualitativos, así como su integración y discusión conjunta, para realizar inferencias producto de toda la información recabada y lograr un mayor entendimiento del fenómeno bajo estudio. (Sampieri, 2014. p.534).

3.6. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

3.6.1 Método universal.

Método científico, porque es a partir de la realidad que se inicia el ciclo de investigación con la identificación del conocimiento que se busca. En ese sentido nuestra investigación tiene como finalidad mostrar la necesidad de una ley en el Perú que garantice la filiación de los hijos

extramatrimoniales desde su nacimiento a través un procedimiento de carácter administrativo registral.

3.6.2. Métodos Lógicos.

a) Método inductivo

Este método se caracteriza porque sus inferencias van de lo particular a lo general. También puede decirse que es el tipo de razonamiento, que parte de casos particulares y los eleva a conocimientos generales (Behar, 2008, p.40). En este caso, este método será utilizado para establecer conclusiones generalizadas a partir de los datos que se extraigan de los expedientes judiciales sobre los procesos de Filiación Extramatrimonial seguidos en el Distrito Judicial Puno Sedes Puno y Juliaca, y que son de importancia en la presente investigación.

b) Método deductivo:

A contrario del método anterior, este va de lo general a lo particular (Idem). En este caso será utilizado en la elaboración del marco teórico al establecer las categorías jurídicas desde lo general a lo particular para arribar a conclusiones que nos permitan establecer que en el Perú existe la necesidad de una ley que garantice la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento

c) Método de análisis-síntesis.

Indispensable a fin de contar con una herramienta que permita efectuar un estudio de cada una de las partes y/o componentes del problema de investigación, con la finalidad de profundizar en sus relaciones intrínsecas de causa-efecto entre dichos componentes. (Villabella, p. 937)

3.7. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es de tipo Descriptivo- explicativo. Descriptivo, porque se realizará una descripción detallada del problema planteado a partir del estudio independiente de las variables

identificadas; explicativo porque una vez señaladas y descritas cada una de las variables (Sampieri, 2014, p.92-95), se explicará de qué manera estas se relacionan.

3.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

La elección de las técnicas e instrumentos utilizados para recabar y procesar la información, guarda relación directa con los métodos empleados y el tipo de investigación realizada.

3.8.1 Técnica de Investigación.

- *Observación:*

Esta técnica nos proporcionara las herramientas necesarias para recabar, mediante canales visuales, la información contenida en documentos materializados y desmaterializados, referentes al tema, así como por ejemplo la información brindada por las bibliotecas, tesis, artículos, etc.

Esta técnica también será empleada para obtener la información contenida en los expedientes sobre filiación judicial tramitados en el distrito judicial de Puno sedes puno y Juliaca durante los años 2015 y 2016.

3.8.2. Instrumentos de Investigación.

Los instrumentos a emplearse para la recolección de datos de fuentes doctrinarias, jurisprudenciales, legales, etc. serán la ficha documental y la ficha bibliográfica.

El instrumento a emplearse para el análisis de los expedientes sobre filiación judicial tramitados en el distrito judicial de Puno sedes Puno y Juliaca durante los años 2015 y 2016, está constituido por la ficha de Observación.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.

SUBCAPITULO I. DERECHOS FUNDAMENTALES INVOLUCRADOS EN LA DETERMINACION DE LA FILIACION DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

Diez Picazo sostiene que los efectos de la filiación, la doctrina los ha clasificado en tres grupos básicos: el derecho a los apellidos, los alimentos y los derechos sucesorios, reflejados en el derecho a la identidad de la persona menor de edad, el deber de los padres de proveer alimentos a sus hijos y por último el derecho de los hijos a heredar de sus padres. (1983:315).

4.1.1. Derecho a la Identidad

4.1.1.1. *El Derecho de identidad como derecho humano y fundamental.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que el derecho a la identidad “es un derecho humano el cual se encuentra correlacionado con otros derechos como: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios que disponga para hacerlo efectivo” (Meléndez G, 2013).

El derecho a la identidad es asimismo un derecho fundamental, en tanto se encuentra tutelado expresamente por la Constitución Política del Perú de 1993, en el Art. 2° inc.1.

4.1.1.2. *Definición del Derecho de identidad.*

En palabras de Rubio C (1999). El derecho a la identidad es:

“... aquel que protege a la persona en lo que constituye su propio reconocimiento: quién y cómo es. Comprende diversos aspectos de la persona que van desde los más estrictamente físicos y biológicos (su herencia genética sus características corporales etc.) hasta los de

mayor desarrollo espiritual (sus talentos, su ideología, su identidad cultural, sus valores, su honor, reputación, etc.)”(p. 127).

Para el Tribunal Constitucional (Expediente N° 2273- 2005-PHC/TC, 2005), el derecho a la identidad se define como:

“... el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.) ...”.

Para el jurista Fernández S. (1992) el derecho a la identidad personal,

...es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, permitiendo que cada cual sea uno mismo y no otro. De esta manera el sujeto tiene derecho a que se le conozca y defina en su verdad personal, tal cual es, sin alteraciones, desfiguraciones, falseamientos, distorsiones o desnaturalización de sus atributos (...) que lo distinguen de los demás” (p. 115).

De Cupis por su parte señala que "la identidad personal es ser uno mismo, representado con sus propios caracteres y sus propias acciones, constituyendo la misma verdad de la persona. Ella no puede, en sí y por sí, ser destruida, ya que 'la verdad, precisamente por ser la verdad, no puede ser eliminada'" (p.339)

Dentro de estos caracteres que permiten individualizar a la persona en sociedad, admitiendo que cada cual sea uno mismo, está la identidad filiatoria paterna o materna.

Ahora bien, en razón de la presente investigación, tenemos que los elementos esenciales del derecho a la identidad que se definen a partir de la Filiación son:

“el nombre y las relaciones familiares, conocer a los padres, lo que implica un vínculo con la verdad biológica y a ser cuidado por ellos. Conviene señalar que ninguno de estos elementos resulta ser determinante sobre el otro para definir el contenido de la identidad a partir de la filiación, sino que todos son igualmente relevantes. De otro lado, esta opción no nos conduce a excluir otros elementos del derecho a la identidad que se desprenden de la doctrina y otros tratados y principios del derecho, sin embargo, para los efectos de la relación entre filiación e identidad, aquellos dos resultan los preponderantes” (Salmon, 2005, p.39).

Así lo ha sido reconocido por el propio Tribunal Constitucional en materia de un caso sobre Declaración judicial de Paternidad Extramatrimonial, al señalar que:

“(…) detrás de toda pretensión de declaración de paternidad subyace *in vivo* el ejercicio del derecho fundamental a la identidad, el cual comprende el derecho a un nombre- conocer a sus padres y conservar sus apellidos-, derecho este que encuentra concretización y operatividad judicial en la actuación de la prueba de ADN.” (STC N° 02432-2005-PHC, Fundamento 4)

También Resulta ilustrativa la Resolución Casatoria N°2747-98 al señalar que:

“el derecho al nombre que es parte del derecho a la identidad implica además (...) el derecho que tiene toda persona de poder conocer su origen y quiénes son sus progenitores”.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, ha reconocido que el derecho a la identidad

...está íntimamente asociado al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al derecho a tener un nombre, una nacionalidad, una familia y mantener relaciones

familiares”. Asimismo, ha señalado que “el derecho al nombre se vincula intrínsecamente al reconocimiento de la identidad personal, lo cual implica igualmente la pertenencia a una familia y a una comunidad.

Respecto al derecho a conocer a los padres, este ha sido reconocido expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 7°) e implica el derecho de los/as niños/as a conocer a sus padres, ser criados/as por ellos y tener una familia. Este derecho se relaciona con la filiación, en el sentido, que el Estado debe promover y garantizar un sistema abierto de investigación de la filiación para que los niños y niñas puedan ejercer plenamente este derecho. En tal sentido, Plácido señala, “el derecho a conocer a los padres tiene como fin el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y con ello, la superación del formalismo que históricamente ha rodeado esta cuestión” (Varsi, 2008).

No obstante ello, existen algunos que han interpretado que “el derecho a conocer a los padres”, como expresión del derecho a la identidad, debe ser interpretado restrictivamente en aras de lo dispuesto en el artículo 7° de la citada Convención, que condiciona este derecho a que sea ejercido “en la medida de lo posible” sin embargo tendiendo a los fines de la Convención sobre los Derechos del Niño, al principio pro homine y en especial al Interés Superior del Niño, consideramos que no debe interpretarse la frase “en la medida de lo posible” como una condicionante restrictiva en términos de la investigación de la paternidad. Por el contrario, debemos interpretar que el derecho a conocer a los padres debe ser ejercido de tal forma que sea compatible con los mejores intereses para la persona. Es decir, se deberá atender a que aquella restricción solo cabría en los supuestos en que por la naturaleza de las cosas, se desconoce el origen biológico del niño, en casos de abandono, por ejemplo. En ese sentido, Plácido señala que, “debe entenderse que el derecho a conocer a los padres le confiere a cualquier persona la posibilidad de

poder desvelar el misterio de su origen, siempre y sin cortapisa alguna, ...”. Por ende, agrega, “el derecho a conocer a los padres exige, para su cabal ejercicio, un sistema de libre investigación de la filiación “. De acuerdo con ello, identificar la frase “en la medida de lo posible” con una concepción restringida para la investigación de la filiación, resulta contraria a la dignidad humana”

En tal sentido, en los casos de declaración de paternidad extramatrimonial, impugnación de la presunción *pater is*, y los demás concernientes a establecer la filiación, no debería atenderse al origen de la filiación; si es dentro de un vínculo matrimonial o no; sino que debería primar el Interés Superior del Niño, traducido en conocer su verdadero origen biológico y ser criado por sus padres.

En esa perspectiva, Fernández M, señala que “la regulación en materia de filiación, así como su aplicación, deben tener como norte que cada individuo, desde que nace, tenga nombres y apellidos, que estos datos coincidan con los de su origen biológico y que este sea conocido por el sujeto”.

Ahora bien, en muchos casos el derecho a la identidad del niño y niña se contrapone al derecho a los derechos de los progenitores (en los casos de filiación extramatrimonial), el derecho al honor del padre (en los casos de impugnación de la paternidad matrimonial), o a la promoción de la institución matrimonial (también en los casos de impugnación de la presunción *pater is*). No obstante, ello, debemos abandonar una postura formalista y reconocer que,” las acciones de filiación, como manifestaciones concretas del derecho del niño a conocer a sus padres, participan del mismo carácter imprescriptible e irrenunciable de este derecho; el cual, para su cabal ejercicio, exige abandonar el sistema de causales determinadas para ejercer tales acciones. Ello es así, desde que se comprueba que la realidad social imperante ha desbordado la previsión legislativa, en aquellos países en los que rige tal sistema; provocando situaciones discriminatorias por cuanto

solo pueden ejercer tales pretensiones quienes se encuentran incurso en alguna de las causas legales. (Placido, 2008).

En virtud de ello, será menester analizar en el caso concreto los derechos en colisión y atender como consideración primordial el Interés Superior del Niño y ponderar de acuerdo a los principios constitucionales y los derechos fundamentales en cuestión. En tal sentido, es que en algunos casos referentes a materia de filiación los jueces han aplicado el control difuso, en tanto la norma no velaba por el Interés Superior del Niño o los derechos fundamentales de la persona.

4.1.1.2. Derecho a conocer el propio origen biológico.

No se puede negar que la verdad es un derecho no sólo de la persona, sino de la sociedad como tal, pues una sociedad justa y organizada como estado de derecho no se podría construir sobre cimientos de mentira.

Entre los derechos de la persona con sustento constitucional, señala Placido (2015) “...se halla el de conocer y emplazar su estado filiatorio, con todas las búsquedas previas incluso de tipo biológico que se enderezan a ese objetivo. Más allá de lo jurídico, de lo legal, de lo correcto, la única víctima del ocultamiento de la verdad es el niño. Las normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales. (pp. 7-13). Se deduce entonces que la postura del autor es que, como criterio general, el derecho de saber la verdad biológica debe primar siempre. Varsi (2006) por su parte señala que “Entre la identidad personal y la realidad biológica existe una relación mediante la cual un sujeto encuentra su ubicación en una familia y obtener el emplazamiento que le corresponde, el derecho a saber quiénes son sus padres” (p.237) . Asimismo, sobre este derecho fundamental a conocer el propio origen biológico, Morán (2004) opina que:

...el régimen de filiación reconoce la primacía del derecho a conocer el propio origen biológico del hijo sobre el derecho a la intimidad de los padres. Por este motivo, el ejercicio del derecho a conocer el propio origen biológico a través de la acción de investigación de la paternidad y maternidad, no sólo tiene por finalidad el establecimiento de la filiación biológica sino también la constitución de la relación paterno - filial con el conjunto de derechos - deberes recíprocos que ello implica. (pp.58-59).

4.1.1.3. La Libre Investigación de la Paternidad

Este principio vinculado al instituto de la filiación, goza de un reconocimiento casi uniforme en el derecho comparado (Magaldi, 2004, pp. 55-73).

Al respecto, las Constituciones iberoamericanas en un intento de hacer coincidir en lo posible la verdad jurídica con la verdad biológica, en algunos casos señalan de manera expresa el derecho de la persona a conocer sus orígenes biológicos, lo que implica un reconocimiento del principio de libre investigación.

En el Perú, el principio de libre investigación de la paternidad no se encuentra reconocido de manera expresa en la Constitución de 1993; sin embargo, el mismo se deriva de otras fuentes normativas y tiene un rango de primer orden en el sistema jurídico peruano.

Al respecto, Varsi Rospigliosi señala que, “la investigación de la paternidad es una de las conquistas del derecho contemporáneo, pero actualmente aún se encuentra limitado. Es decir, si bien el legislador no podría prohibir la investigación de la paternidad, sí puede limitarla, aunque ello choque con algunos principios y derechos constitucionales” (2004, p 123).

En el Code de Napoleón se adoptó un criterio prohibitivo de la libre investigación de la paternidad; en concreto, el artículo 342 rezaba así: “los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tienen por las leyes, padre, madre ni parientes algunos por parte de madre o padre”. Así, los

hijos ilegítimos no tenían derecho al reconocimiento del padre y seguían la condición de la madre; a diferencia de los hijos concubinos que podían ser reconocidos por el padre, gozaban del derecho de alimentos, de un derecho restringido de sucesión *ab in testato* y podían ser legitimados por sub siguiente matrimonio.

Esta restricción al principio de libre investigación de la paternidad se produjo durante más de la mitad del siglo XX, lo que luego vario desde la lógica del derecho-principio a la igualdad que otorga reconocimiento a los hijos extramatrimoniales legitimidad para reclamar la paternidad y adquirir un título de estado que le da igualdad de derechos en relación a todos los hijos de su progenitor.

Ahora bien, las razones en las que se fundaba la prohibición de la investigación de la paternidad se explican en dos sentidos:

a. La dificultad de la prueba, que se derivaba de las circunstancias de ocultación o disimulo en que comúnmente se desarrollaban las relaciones sexuales extramatrimoniales, pero también del estado de la ciencia que no permitía acreditar indubitablemente una relación de filiación; y

b. El carácter inmoral de las relaciones extramatrimoniales, como las incestuosas, sacrílegas; cuestión que desaconsejaba la investigación para evitar la vergüenza de los padres y del hijo, pero también para no hacer mella de las creencias religiosas o morales de una organización social o por el daño que se podía ocasionar a la paz de las familias y los derechos de cónyuge e hijos (Cornejo, p.472).

En relación a esta tendencia, Cornejo Chávez ha indicado que la investigación de la paternidad estuvo prohibida en el Perú en el Código de 1852, pero que el Código de 1936 y el de 1984 admitieron el principio de libre investigación de la paternidad.

En el Código Civil vigente, la libre investigación de la paternidad se encuentra reconocida en la regulación que el legislador peruano ha realizado respecto de la filiación extra matrimonial.

Así, se ha otorgado al hijo extramatrimonial la legitimación para iniciar un proceso de reclamación de la paternidad, toda vez que este principio de libre investigación de la paternidad se encuentra vinculado necesariamente el derecho a la identidad, en tanto permite conocer los orígenes de las personas - elemento de la identidad -.

Al respecto, Plácido (2008) señala que “el reconocimiento del derecho a conocer a los padres implica promover su ejercicio dentro de un sistema de libre investigación de la filiación”

En el mismo sentido, Varsi (2004) señala que el derecho a la identidad tiene una relación implícita con el principio de libre investigación de la paternidad. Al respecto, este indica que ello se deriva de una interpretación de los artículos 2, incisos 2 y 19, 6, 15, 89 y 183 de la Constitución de 1993.

Por ultimo queremos señalar en atención a que la dignidad de todo ser humano se configura como un valor superior a todos los demás, y por sí misma exige entre otros, el derecho a conocer quiénes son realmente sus padres, es decir, el derecho a una identidad biológica, la sociedad está obligada a respetar el derecho personalísimo de todo ser humano a conocer su verdad biológica, su historia, su origen; sin dejar de tomar en cuenta que este derecho está supeditado al interés superior del hijo, y lo que su propia naturaleza reclama, protección especial.

4.1.1.4. Determinación de la identidad y la paternidad por medio de la prueba de ADN.

De la relación filial deriva toda una gama de derechos, obligaciones y facultades entre las personas unidas por dicho vínculo, no obstante, a lo largo de muchos años la determinación del nexo paternal estuvo sujeta a una serie de limitaciones, que condicionaron su comprobación y consiguiente establecimiento (Konrad, 1992, pp.45-47).

En la actualidad, gracias a los espectaculares progresos biológicos y técnicos que durante los últimos años se han producido en el ámbito de la genética, el análisis del ADN tiene hoy un gran valor probatorio y un indiscutible protagonismo en los procesos de filiación.

Para comprender la importancia de esta prueba es esencial saber que cada ser humano tiene su origen en la unión de dos células (gametos), una procede de la madre (óvulo), la otra del padre (espermatozoide). El resultado de esta unión es la formación de una única célula, a partir de la cual se desarrollarán todas las células que componen el organismo humano. Este complejo proceso acontece y los miles de millones de células del cuerpo humano funcionan de manera coordinada siguiendo las instrucciones del ADN. En consecuencia, cada persona hereda biológicamente su configuración genética de sus progenitores (la mitad del ADN procede del padre, la otra mitad de la madre) y toda la información sobre sus características genéticas se encuentra en el ADN o ácido desoxirribonucleico del núcleo de sus células (London, 2002, p. 24)), por lo que para obtener tal información habrá que descifrar el código genético trazado a lo largo del ADN, específico de cada persona y por eso llamado huella genética.

De ahí que, en la prueba del ADN el procedimiento para determinar la paternidad biológica consiste en analizar el patrimonio genético que un sujeto recibió de su madre y de su padre, y contrastar estos datos con el ADN de la madre y con el ADN del presunto padre (Quesada G, p.9).

El criterio fundamental para el análisis, es que todas las bandas presentes en el patrón de la criatura tienen que haber venido de la madre o del padre biológico. Si la criatura presenta bandas que no están presentes en la madre ni en el posible padre, la paternidad está excluida; por otro lado, si el posible padre posee todas las bandas de la criatura que no están presentes en la madre, la paternidad está probada.

Así tenemos que, el estudio del material genético de ADN permite acreditar la relación bioparental entre el presunto padre y el hijo, según sea el caso, con una certeza absoluta “al mismo tiempo descarta otras pruebas de validez científica, tales como de las pruebas de proteína sérica y las del sistema de histocompatibilidad (HLA)” las cuales son efectivas pero sólo para determinar una imposibilidad o descarte de paternidad, por el hecho de existir una incompatibilidad de los factores biológicos de los analizados, susceptible de haberse transmitido por medio de las leyes de la herencia.

En ese sentido, diremos que, desde tiempos inmemorables establecer la paternidad biológica constituyó un serio dilema para la humanidad. Las pruebas que se realizaban no determinaban de un modo concluyente los caracteres que cada individuo heredaba de sus progenitores, es por ello que, se le dio gran importancia al desarrollo de la prueba de ADN, para poder conocer a los verdaderos progenitores del menor.

Actualmente, la realidad nos lleva a asumir que el principio de la verdad biológica y el derecho a la identidad están tomando la fuerza e importancia que su propia naturaleza reclama, ya que, como fue señalado anteriormente, el Derecho a la Identidad se configura como un derecho fundamental y personalísimo basado en la dignidad humana. En este sentido, el derecho a conocer el propio origen biológico, a conocer la propia identidad genética (principio de la verdad biológica), lleva consigo la posibilidad de realizar pruebas biológicas, y esto es así debido a que (...) la ciencia biogenética ha permitido descubrir y perfeccionar procedimientos técnicos para investigar y luego atribuir biológicamente la filiación. (Bustamante, 2011.p 43). En ese marco el 08 de enero del 2005 se promulgó en el Perú la Ley 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. Esta Ley reconoce al examen de ADN como un instrumento para identificar el vínculo de filiación biológica, tanto así que exige como único medio

de oposición por parte del demandado, la actuación del examen de ADN, en virtud a sus resultados definitivos.

Por mencionar alguna jurisprudencia nacional en torno al reconocimiento de la efectividad y certeza que brinda esta prueba en la determinación de la filiación de los hijos, se tiene la Sentencia recaída en el Exp. 3114-96 en donde se señaló lo siguiente:

“Siendo por tanto un cálculo de probabilidad el acontecimiento de la paternidad extramatrimonial.es del caso resaltar la existencia en autos de la pericia genética -o también llamada “prueba de ADN”...la misma que viene a corroborar, y en definitiva a dar plena certeza respecto del padre biológico con un nivel de aproximación científica del 99.86%, esto es, en factores humanos, casi certeza absoluta... ”.

Asimismo, se tiene la Sentencia Casatoria N°1699-2007-CSJR-Lima Norte, donde se estableció que “La prueba del ADN ...es considerada científicamente determinante para dilucidar el caso materia de la demanda (filiación), en la medida que otros medios probatorios no asegurarían el caso con la certeza que ofrece dicha prueba biológica”. En la Casación Nro. 2026- 2006/Lima, se precisó que “la prueba del ADN.es la prueba genética más exacta y eficaz disponible para determinar relaciones familiares, puesto que se basa en el Acido Desoxirribonucleico - ADN, que no es sino el componente principal del material genético, contenido de cada célula de todo organismo”.

En la Casación Nro. 4307-2007/Loreto, por su parte se señaló que:

...desde la vigencia de la Ley 28457 que agregó al artículo 402 del Código Civil, como sustento de la declaración de filiación extramatrimonial, las pruebas de identidad genética, particularmente la denominada del ADN, ha modificado fundamentalmente el concepto jurídico de la investigación y reconocimiento de la paternidad lo que inclusive ha afectado

la presunción “pater is... sustento del artículo 361., pues esta prueba, por su rigor científico y alto grado de certeza, permite establecer la relación de paternidad, dejando ya sin vigencia el antiguo aforismo “mater certus, pater Samper incertus”, y hoy en día, el padre puede tener certeza absoluta sobre su progenie..

Por último, y con especial relevancia se tiene la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 00550-2008-PA/TC, caso en el cual se observó un conflicto entre la institución de la cosa juzgada y el derecho a la identidad que tiene todo menor, en el que:

El Derecho Genético” jugó un papel muy importante, pues nos muestra como su eficiencia y exactitud puede hacer revivir procesos fenecidos; sobre todo cuando se trata de resguardar intereses superiores como lo es el caso del derecho a la identidad de menores.

Desde el punto de vista de quien investiga, la prueba biológica es fundamental para determinar la identidad genética de la persona humana; tanto así, que en las últimas décadas, la doctrina y la normativa nacional e internacional se han inclinado a consagrar a la prueba de ADN como el instrumento y mecanismo que garantiza con un 99.9% de seguridad si una persona es realmente padre de un menor, es decir, se trata de una prueba que de forma objetiva permite establecer el verdadero origen genético de una persona.

4.1.2. Derecho de Alimentos.

De los seres vivientes que habitan la tierra, uno de los que vienen al mundo en situación de incapacidad, permaneciendo en dicho estado por un buen periodo de su existencia, es el ser humano. Esta etapa de insuficiencia, por la que atraviesa el hombre, debe ser cubierta con los medios necesarios que provean su subsistencia, de lo contrario perecerá, y los llamados a cubrir el estado de insuficiencia son sus progenitores, quienes los trajeron al mundo, resultando por ende los primeros obligados a asistirlo; obsérvese en ello un deber natural de socorro. Esta incapacidad

también aparece en circunstancias excepcionales cuando el ser humano, por su edad cronológica, ya no debería ser dependiente; sino todo lo contrario; sin embargo, situaciones de, enfermedad, accidente, entre otras, hacen caer a estas personas en estado de necesidad que debe ser cubierta urgentemente, surgiendo en sus parientes la obligación natural de asistencia.

De lo expuesto, se puede deducir que la obligación alimentaria tiene una base ética y social, esto es, el deber de ayuda al prójimo necesitado y el evitar que por ausencia de esta ayuda pueda perecer:

La sociedad recoge estas necesidades naturales y estos impulsos de socorro y los convierte en el primer caso; en derechos y en el segundo; en obligaciones civiles; de esta manera surge el instituto jurídico de los alimentos, cuya relevancia y trascendencia dentro el derecho de familia resulta innegable por las razones antes expuestas.

4.1.2.2. Concepto.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, constituyen alimentos cualquier sustancia que puede ser asimilada por el organismo y usada para mantener sus funciones vitales, caso especial de los seres humanos.

No obstante, toda persona humana, como sujeto de este derecho esencial, requiere además de subsistir, desarrollarse como tal, para lo cual necesita de otros factores esenciales como: salud, educación, vivienda, recreo, entre otros, y es en razón de ello que en el campo del Derecho se ha elaborado un concepto jurídico con un sentido más amplio, que es recogido por las legislaciones de cada estado.

En el caso del Perú, el artículo 472° del Código Civil, aplicable en forma genérica para adultos, ha sido modificado para los casos de menores por el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 101°), con el siguiente texto: “Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación,

vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente. También se considera alimentos los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del post- parto”.

Por consiguiente, existe un concepto jurídico de los alimentos, como se comenta en la Enciclopedia Jurídica Omeba, indicando que “comprende todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra por ley, declaración judicial o convenio para atender a su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción”. (Campana 2003, p.21).

En esa perspectiva, tenemos que en el derecho alimentario el interés se concentra en la prestación de alimentos del alimentante a favor del alimentista para su supervivencia y satisfacción de las necesidades básicas y el goce de los derechos fundamentales, como el derecho a la vida, integridad física, psicológica, moral, salud, educación y social para el logro de su proyecto de vida, que todo ser humano tiene como fin.

Este último criterio encuentra sustento en la Declaración de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niños, y otras normas internacionales que el Perú suscribió, convirtiéndolas en ley interna, como se consagra en el artículo 55° de la Constitución Política que establece: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

En ese sentido, y con base a lo expuesto, diremos que, el derecho alimentario es un derecho que corresponde a toda la humanidad, como un derecho natural, originado por las necesidades de la propia naturaleza humana, por lo tanto puede ser considerado como un derecho humano de primera categoría, por su repercusión en todos los seres humanos, cuya omisión o limitación, no solo los llevaría a su aniquilamiento, sino además a la disminución en su formación.

4.1.2.3. Naturaleza jurídica

Respecto a la delimitación de la naturaleza jurídica de los alimentos, la doctrina no ha logrado unificar criterios; sin embargo, existen tres corrientes ideológicas preponderantes que corresponden a: la tesis patrimonial, la tesis extra-patrimonial o personal y la tesis de naturaleza sui géneris.

a) Tesis patrimonial

El principal expositor de esta tesis es Francesco M. (1954, p. 190), seguido por los tratadistas Giuseppe (1958, p. 25-50) y Tedeschi (1969. p. 364.), quienes consideran que el derecho alimentario tiene una naturaleza genuinamente patrimonial.

En la actualidad Esta concepción ya ha sido ampliamente superada porque el derecho alimentario no solo es de naturaleza patrimonial, sino de carácter extrapatrimonial.

b) Tesis extra-patrimonial

Esta corriente surge en contraposición a la corriente patrimonial, sus principales expositores son: De Ruggiero (1931), Cicu (1961) y Giorgio, quienes consideran que los alimentos tienen naturaleza de derecho personal o extra-patrimonial en mérito del fundamento ético social y del hecho de que el alimentista no tiene ningún interés económico, ya que la prestación recibida no aumenta su patrimonio ni sirve de garantía a sus acreedores, presentándose como una de las manifestaciones del derecho a la vida que es personalísimo. (Peralta A, 2008, p. 563)

c) Tesis de naturaleza sui géneris

Orlando Gomes citado por Peralta (2008), y otros, sostienen que la institución de los alimentos es un derecho de carácter especial o sui generis de contenido patrimonial y finalidad personal conexas a un interés superior familiar y social, que se presenta como una relación patrimonial de

crédito-débito, por lo que existiendo un acreedor puede exigirse al deudor una prestación económica en concepto de alimentos (p.563)

Nuestro Código Civil de 1984, se adhiere a esta última tesis, aunque no de manera expresa.

4.3.2.3. Fundamento.

En el ser humano tiene que transcurrir un buen tiempo para que pueda valerse por sí mismo, y mientras sucede esta etapa de insuficiencia personal, son sus progenitores los encargados de proveer del sustento necesario para proteger su vida, sólo mediante la ayuda de sus progenitores o terceros, éste llega a la plenitud de su auto sostenimiento, y así, llegado el momento emprenderá su travesía para formar una nueva célula social, convirtiéndose en jefe de familia; y por tanto, en el elemento insustituible de ayuda y sostenimiento para su prole; de ordinario, en un acto de conciencia, se manifestará en él una obligación natural inexcusable de alimentar a la sangre de su sangre. Estas y otras razones, de igual índole, han bastado para que la doctrina dominante se haya puesto de acuerdo al expresar que el Derecho Alimentario, desde sus bases teleológicas, tiene su fundamento en el derecho a la vida misma, y que éste no puede entenderse en sentido reducido, destinado a garantizar la tutela de la vida biológica, pues equivale, en su razonable entendimiento, a las expresiones derecho a vivir; derecho a seguir viviendo, derecho a conservar la vida, en condiciones adecuadas a la especie humana, y todo ello no es sino el derecho a una vida digna o garantía para el titular de que podrá vivir o llevar una vida en justa adecuación a toda su circunstancia o cualidad, como ser de naturaleza racional, contingente y perecedera. (Campana, 2003).

4.1.2.4. Caracteres jurídicos del derecho de alimentos.

Teniendo en cuenta que, el titular del derecho alimentario lo constituye el alimentista quien tiene la potestad de exigirlo cuando se halle en estado de necesidad, según el jurista Peralta Andia los caracteres del mencionado derecho son:

Personal. Se trata de un derecho personalísimo que tiene por objeto asegurar la subsistencia del titular; por tanto, esa titularidad no se puede desligar del alimentista.

Intransmisible. Por ser un derecho personalísimo y en razón de que el derecho alimentario no puede ser objeto de transferencias inter vivos ni transmisión mortis causa.

Irrenunciable. El alimentista puede dejar de pedir alimentos, pero no abdicar ese derecho, de lo contrario significaría renunciar a su dignidad y derechos fundamentales como a la vida misma.

Intransigible. El derecho alimentario no puede ser objeto de concesiones recíprocas, para poner fin a una relación jurídica familiar.

Incompensable. La subsistencia humana no puede tronarse por ningún otro derecho, ni puede extinguirse recíprocamente las obligaciones alimentarias.

Imprescriptible. El derecho para exigir alimentos no se extingue, en tanto subsista aquél y el estado de necesidad, nuestro Código Civil no consagra expresamente este carácter, pero se desprende de su irrenunciabilidad.

Inembargable. Que las cuotas de prestaciones alimentarias no son susceptibles de embargo. Porque la pensión alimenticia está destinada a la subsistencia de la persona a favor de quien ha sido fijada.

4.1.2.5. Obligación Alimentaria.

Para Barbero (1967) la obligación alimentaria “es el deber que en determinadas circunstancias es puesto por ley a cargo de ciertas personas de suministrar a ciertas otras los medios necesarios para la vida”.

Por su parte Josserand lo define como “... el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de otra...; como toda obligación implica la existencia de un acreedor y de un deudor, con la particularidad de que el primero está, por hipótesis en necesidad y el segundo en condiciones de ayudar”.

En esta línea consideramos oportuno reproducir las palabras de Arias Scheriber quien se pronuncia sobre la obligación alimentaria más representativa como lo es la obligación de los padres a proveer el sustento a sus hijos, así señala que “la obligación de los padres de proveer a la manutención y educación de sus hijos en un principio de derecho natural proviene del derecho a la vida de los hijos y a la formación de su aptitud para conducirse en ella conforme a su destino. Para este autor, esta obligación comienza con la concepción, continua durante el período de la adolescencia y termina con la mayoría que la ley fija para que se extinga, en virtud de la presunción de haber alcanzado entonces los hijos el completo desarrollo de su personalidad, que los hace capaces para el ejercicio indispensable de todas las actividades. No obstante, subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios conducentes a una profesión u oficio, o cuando no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.

4.3.2.5.1. Fuentes de la obligación alimentaria.

Al tratar sobre las fuentes del derecho alimentario, creemos necesario empezar por determinar efectivamente qué se entiende por fuente. Anota el profesor Romero que fuente "es el origen, pero un origen legítimo y justificatorio, que hace válido el sometimiento del deudor a cumplir determinada prestación a favor del acreedor". La fuente viene a ser entonces la causa eficiente de la obligación; no sin razón los hermanos Mazeaud afirmaron en su momento que "La fuente de obligación es el hecho que le da nacimiento" y agregaron, "Los Romanos denominaban causa a la fuente de la obligación. Hoy el término causa no significa la fuente, sino el porqué de la obligación" (Campana, 2003, p. 39).

a) El parentesco.

En el Derecho Alimentario, el parentesco es una de las fuentes principales de éste, y siguiendo lo normado por nuestra legislación civil nacional, el parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. Más entonces, el parentesco es un estado jurídico (Campana, 2003, p.. 42).

b) La Ley

Una de las fuentes del derecho alimentario es la Ley. Se sostiene, por ello que uno de los requisitos para regular los alimentos es que la ley establezca la obligación. Sin embargo, la ley impone la obligación alimentaria por diversos motivos, aunque, basado en un mismo fundamento ético: el deber de asistencia y de solidaridad para la conservación de la persona (Placido, 2002, p.. 349)

c) Autonomía de la voluntad.

Varsi (2012), señala que a otra fuente de la obligación alimentaria es la voluntad.

Sin estar obligadas por ley, las personas se imponen alimentos, por pacto o por disposición testamentaria, basándose en el fundamento ético.

Es el caso del convenio alimentario, que se regula por las disposiciones del contrato de renta vitalicia (art. 1923), se estipula la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible para que sean pagadas en los periodos pactados hasta el cumplimiento de determinada condición o plazo resolutorio. También se presenta en el supuesto del legado de alimentos (art. 766). Ambas circunstancias e rigen por las disposiciones generales del derecho alimentario.

d) El contrato.

Legal y teóricamente nada impide que la obligación alimentaria se origine de un contrato, y que en virtud de éste una persona se obligue a pagar a otra una pensión por concepto de alimentos; y decimos esto porque los dispositivos legales existentes no lo prohíben y en consecuencia es permitido (Campana, 2003, p. 54)

4.3.2.5.2. Características de la obligación alimentaria.

Siendo que el deber jurídico de la obligación alimentaria corresponde al alimentante, vale decir, la persona que esta obligada a dar la prestación, según Peralta Andía, sus caracteres vendrían a ser las siguientes:

Personal. - es así, en relación a la vinculación que tiene el titular del deber jurídico de prestar alimentos al alimentista.

Reciproca. - porque en la misma relación jurídico familiar el pariente que en principio fue titular del derecho, con posterioridad podría ser considerado titular de deber jurídico de la prestación.

Revisable. - Ya que la pensión alimenticia puede sufrir variaciones cuantitativas y cualitativas que requieren ajustarse de acuerdo con las posibilidades del obligado y las necesidades del alimentista.

Divisible y no solidaria. - desde que en ocasiones puede solicitarse a uno de los obligados asuma el monto total, con cargo de repetición contra los demás. (2008, p. 565).

4.1.2.6. Obligados a la prestación de alimentos.

La obligación alimentaria se origina dentro de las relaciones de orden familiar, por lo tanto, nacen recíprocas obligaciones y derechos. En nuestra legislación se ha establecido como obligados recíprocos a los cónyuges, los descendientes, los ascendientes y los hermanos. (Art. 474° del C.C.).

No obstante, con respecto a esta regla debemos hacer algunas precisiones.

Así se tiene que, para los casos en que resulten varios obligados a la vez, como puede suceder entre los cónyuges con los descendientes o ascendientes, y en otros casos cuando existen varios hermanos, la ley establece una prelación como se señala en los artículos 475° y 476° del C. C. Art. 475°: “los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente: 1. Por el cónyuge. 2. Por los descendientes. 3. Por los ascendientes y 4. Por los hermanos”. Art. 476° “entre los descendientes y los ascendientes se regula la gradación por el orden en que son llamados a la sucesión legal del alimentista”. Por ejemplo, cuando hay hijos y nietos, heredan en primer lugar los hijos. En el caso de los hermanos, se precisa: Art. 477° “cuando sean dos o más los obligados a dar los alimentos, se divide entre todos el pago de la pensión en cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades. Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales el Juez puede obligar a uno solo a que los preste, sin perjuicio de su derecho a repetir de los demás la parte que les corresponda”

4.1.2.6.1. Obligación alimentaria de los ascendientes.

Como se indicó anteriormente, frente a la obligación de los ascendientes nace el derecho de los descendientes para percibir la prestación de alimentos, según la prelación del orden sucesoral. Es decir, que los más próximos excluyen a los más lejanos. De esta manera, los hijos tienen prioridad

en relación o frente a los demás descendientes. Esta obligación nace como consecuencia o efecto del vínculo de filiación establecido jurídicamente que puede ser matrimonial, extramatrimonial o de adopción (que determina el parentesco en línea recta existente entre padres e hijos), Este vínculo o lazo, a su vez, origina deberes y derechos de los padres, dando lugar a lo que se conoce como la patria potestad, que se ejerce hasta que los hijos cumplan la edad de 18 años. Así, se establece en el Art. 418° del C. C.: “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”. Asimismo, el Art. 423° C. C. dice: “son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: (...) inc. 1) proveer al sostenimiento y educación de los hijos”.

Por otro lado, el Art. 82° del C. de los N. y A. establece: “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad respecto de los niños y adolescentes que son sus hijos los siguientes: (...) b) proveer su sostenimiento y educación”. La obligación concluye cuando termina la patria potestad o se extingue, como se establece en el Art. 461 o del C. C.: “La patria potestad se acaba (...) 3) por cumplir el hijo 18 años de edad”.

De acuerdo al Art. 84° del Código de los Niños y Adolescentes “la patria potestad se extingue (...) b) porque el adolescente adquiere la mayoría de edad”.

4.3.2.6.2. Obligación alimentaria de los demás ascendientes.

Al respecto, tenemos el caso de los padres que por causa de pobreza no pueden sufragar los alimentos de sus hijos. Ante tal circunstancia, es justo y lógico que los demás ascendientes, los abuelos, asuman dicha obligación de acuerdo a sus posibilidades. El Art. 479° del C.C. establece que: “Entre los ascendientes y los descendientes, la obligación de darse alimentos pasa por causa de pobreza del que debe prestarlos al obligado que le sigue”.

El Código de los Niños y Adolescentes establece de manera especial un orden para cumplir con la prestación alimentaria en ausencia de los padres. Según su Art. 102° “Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de éstos, prestarán alimentos en el orden siguiente:

1. los hermanos mayores de edad; 2. los abuelos; 3. los parientes colaterales hasta el tercer grado; 4. otros responsables del niño o adolescente”. En este último caso se encuentran los tutores, guardadores y otros.

Como se establece en el Art. 526° del C. C.: “El tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de éste y proteger y defender su persona”. Asimismo, el Art. 108° del Código de los Niños y Adolescentes “Son deberes y derechos del tutor los mismos que prescribe el presente Código y la legislación vigente respecto de los padres del niño y adolescente”. Por otro lado, en el Art. 111 o del mismo Código se dice: “El guardador tiene los mismos deberes y derechos que los estipulados en el presente Código y la legislación vigente para los padres”.

4.3.2.6.3. Situación de los hijos mayores de edad.

En situación excepcional, subsiste la obligación alimentaria para los hijos mayores de edad, cuando no se encuentren en posibilidades de sufragar su sostenimiento o cuando se encuentren cursando estudios. Así lo establece el Art. 424° del C. C. que literalmente señala: “subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas mayores de 18 años que estén siguiendo con éxito una profesión u oficio hasta los 28 años de edad, y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender su subsistencia por causas de incapacidad física y mental debidamente comprobadas”. Asimismo, el Art. 473° establece lo siguiente: “El mayor de 18 años sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentra en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física y mental debidamente comprobadas. Si la causa que lo ha reducido a ese estado fuese su propia inmoralidad, sólo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir.

4.1.2.7. Condiciones para el ejercicio del derecho de alimentos.

Los presupuestos básicos o condiciones para ejercer el derecho alimentario son tres a saber:

Que la persona quien solicita el socorro carezca de medios de subsistencia y no pueda procurárselos por sí misma, es propiamente el estado de necesidad del alimentista.

Que la persona a quien se ha incoado la acción alimentaria, se encuentre en situación de poder suministrarlos. Posibilidad del Demandado.

Norma legal que establezca los modos para poder ejercer este derecho, y su correlativa obligación. (Campana, 2003, p,95),

a. Estado de necesidad del acreedor alimentario:

La regla general que funda el derecho alimentario, es la necesidad del sustento y el derecho a la vida, no obstante, resulta bastante complejo la determinación del estado de necesidad en que se encuentre el pretendido alimentista en su intento de hacer valer su derecho y, obtener de su alimentante, una pensión por ese concepto, (Campana, 2003, p. 95), en ese sentido, para poder determinar ese estado de necesidad se deberá analizar, caso por caso, la situación de los diversos acreedores, pues no todos están en la misma situación; sin embargo si se trata de un acreedor alimentario menor de edad (hijo), por razones de orden natural, se presume su estado de necesidad; en este caso, al acreedor le bastara acreditar la relación de parentesco exigida por ley para gozar del derecho sin necesidad que demuestre pobreza; pero si se trata de un acreedor mayor de edad (hijo mayor de edad), aquí no se presume nada, siendo que la incapacidad física o mental del acreedor mayor de edad es un supuesto necesario para considerarlo en estado de necesidad.

b. Posibilidad económica del que debe prestarlo.

Cuando se entabla un proceso de alimentos entre padres e hijos, en ningún momento se discutirá el Derecho Alimentario, sólo el monto de la obligación, la posibilidad económica del alimentante,

no opera, como en el caso del estado de necesidad del alimentista, de manera automáticamente excluyente; ya que, la presunción positiva que se tiene -en cuanto a posibilidad económica real y efectiva- de su caudal económico, siempre resulta más que suficiente para que se entable una acción de alimentos y recibir una sentencia favorable; más aún si se trata de niños o adolescentes, puesto que la ley y la doctrina en general, observan como presupuesto inicial del *iter* de la obligación alimentaria, la necesidad del alimentista y no la posibilidad del alimentante; el obligado a prestar alimentos no puede basarse en señalar que no tiene trabajo para tratar de autoexonerarse de la obligación legal de alimentos; pues esta nace de un deber natural inexcusable del fundamento de la vida del alimentista. (Campana, 2003, p.. 98).

c. Vínculo legal entre alimentante y alimentista

Recordemos que se trata de obligaciones civiles y, por lo tanto, debe estar claramente establecido quienes son los acreedores alimentarios y quiénes son los deudores. El artículo 474° refiere que se deben alimentos, recíprocamente los cónyuges, los ascendientes y descendientes y los hermanos. Como fácilmente puede inferirse del dispositivo legal, la fuente del derecho principalmente se origina en el parentesco. La obligación alimentaria de los padres frente a los hijos surge del parentesco en línea recta existente entre ambos, determinado por la Filiación.

4.1.3. Derecho Hereditario.

Padre e hijo son parientes consanguíneos en línea recta del primer orden ascendente, el padre, y descendiente, el hijo. La relación jurídica entre estos sujetos surge de la filiación (la cual puede ser matrimonial, extramatrimonial o legal -adopción -), instituto en virtud del cual emerge, entre otros, el derecho hereditario de los hijos respecto de los padres.

4.1.3.1. Concepto.

En diversas legislaciones y en doctrina, se le conoce también como derecho sucesorio, sucesoral, de sucesión, de la sucesión hereditaria y de sucesión por causa de muerte.

Desde el punto de vista objetivo, es el "Conjunto de normas jurídicas que, dentro del Derecho Privado regulan el destino del patrimonio de una persona natural después de su muerte". El sentido objetivo de este concepto, busca reglamentar a quienes van a quedar los bienes, derechos y obligaciones después que una persona muere. En nuestra legislación el libro IV del Código Civil se encarga de regular este derecho bajo el título de derecho de sucesiones.

Desde el punto de vista subjetivo, es el poder de tener la calidad de sucesor mortis causa, y la facultad de aceptar o renunciar una herencia. También se dice que es el derecho particular de cada una de las personas; la posibilidad que tengan para suceder y el orden de sucesión.

4.3.3.2. Concepto de Sucesión

El termino sucesión tiene teóricamente dos acepciones. Una extensiva y genérica según la cual se denomina sucesión a toda transmisión patrimonial, tanto a las efectuadas *inter vivos*, como a las que tienen lugar *mortis causa*. Y otra restringida y específica, limitada a este último concepto. En la terminología jurídica actual el vocablo sucesión se emplea únicamente en su acepción restringida, para designar la transmisión de derechos y obligaciones que se produce por el fallecimiento de la persona humana (Lanatta, 1981, p.13)

Por otra parte, debemos señalar que la sucesión por causa de muerte está en íntima relación con otra importante institución del derecho civil como lo es el patrimonio. Así, Leon Barandarian (1996) refiere que:

... sea que la sucesión se produzca a título universal o particular *mortis causa*, un bien particular pasa de una persona a otra, de la que muere a la que sucede en este patrimonio o

cosa que deja, entonces el adquirente del bien adquiere la propiedad (porque es la figura típica de adquirir la propiedad como propietario. Por consiguiente, la sucesión *mortis causa* o herencia y el legado, es un acto adquisitivo derivado de la propiedad. (p.32).

Sin embargo, a todo ello se debe agregar la trascendencia del vínculo familiar que ha de existir entre el fallecido y el o los herederos tal cual lo afirma Castañeda (1975) al señalar que “la sucesión presupone un vínculo familiar, por cuanto en Virtud de ella pasan del causante al heredero, bienes y obligaciones activas y pasivas”. (p.6). tratándose de los padres e hijos, el vínculo existente entre ambos surge de la filiación, instituto a través del cual queda establecido por regla general, la relación de parentesco consanguíneo en línea recta que existe entre ellos.

4.1.3.3. Clases

Sucesión testamentaria: Al que le corresponde heredar por testamento

Sucesión ab intestato: Al que le corresponde heredar por causa de Ley.

4.1.3.4. Elementos de la Sucesión Mortis Causa.

Elementos Personales: Constituido por los sujetos que intervienen en la sucesión (causante y causa-habiente)

Elementos reales: Esta constituido por el patrimonio dejado por el causante. (bienes, derechos y obligaciones)

Elementos formales: Se tiene que tener en cuenta:

1. la muerte del causante.
2. La supervivencia del heredero.
3. Vocación sucesoria.

4.1.3.5. La Herencia.

La Herencia es el resultado de la sucesión. Es la transmisión por parte del causante de los derechos, acciones y obligaciones a sus herederos o legatarios.

a) Herencia desde el Punto de Vista Objetivo:

Es todo el patrimonio del difunto considerado como una unidad (universalidad) que abarca y comprende todas las relaciones jurídicas del causante, independientemente de aquellos elementos singulares que la integran. Todas las obligaciones, acciones; todo el patrimonio (bienes) que es transmitido o pasado por el causante o de *cujus* a sus herederos o legatarios; es decir, la totalidad de sus relaciones patrimoniales, unidas por un vínculo, que le da al conjunto de tales relaciones carácter unitario; haciéndole independiente de su contenido efectivo.

b) Herencia desde el Punto de Vista Subjetivo:

Es el derecho que tienen los herederos (sean forzosos o legatarios) de que se les trasmitan a ellos el patrimonio (bienes) que les dejó el causante; es decir, es el derecho que tienen los herederos y legatarios a solicitar la herencia. Es así que el heredero pasa a ocupar la posición del difunto y

se convierte en titular de todas las relaciones jurídicas que constituyan la universalidad de su patrimonio.

4.1.3.6. La Legítima.

La legítima es la atribución legal consistente en el derecho a recibir del causante una parte de su fortuna, que se expresa en el derecho de participar de un monto proporcional del valor del patrimonio neto relicto, más el valor del patrimonio donado. Este monto proporcional es una cierta cantidad ideal que la ley considera debe transmitirse (o haberse transmitido) a los familiares que llama como forzosos, y que si no se ha percibido previamente de otro modo, debe concretarse preferentemente en bienes hereditarios por un valor que cubra a legítima.

Para Barbero (1967) “la legítima (...) representa la sustracción de una cuota de patrimonio o la disponibilidad del testador, y su delación directamente por ley a los legitimarios o reservatarios”; es decir, no derecho a recibir por testamento, sino vocación por ley incluso contra el testamento así como también contra las donaciones hechas en vida por el de *cujus* (p. 215).

La legítima termina de este modo por distinguir en dos partes el patrimonio del *de cuius*; la porción disponible y la porción no disponible, la primera dejada, la segunda sustraída a la disponibilidad del testador (...) y deferida por ley a los legitimarios. los cuales por tanto, en cuanto a la cuota de reserva pueden considerarse directamente herederos aunque hubiesen sido preteridos en testamento. (Barbero, 1967, 216).

Castañeda (1975) agrega lo siguiente:

El derecho del legitimario o heredero forzoso no se representa en una cosa o cantidad, sino que se presenta en una cuota, o sea que es proporcional al caudal hereditario. En realidad, el legitimario es un acreedor que solo tiene facultad de hacer efectivo su crédito

a la muerte de su causante. De otro lado la legitima es inviolable, y ello obedece a su naturaleza, porque por ley esta atribuida a ciertos herederos y por ley se ha sustraído de la voluntad del testador. La cuantía de la legitima se aprecia en relación con la cuantía de la herencia y esta solo resulta después de restarle el pasivo hereditario. (p. 52-53).

Para Lannata (1981) “La legitima es, en la herencia, la parte intangible de los bienes del testador de la que no puede disponer libremente, porque esta reservada a ciertos herederos, quienes, en virtud del derecho imperativo que la ley les acuerda en la sucesión, son denominados *forzosos, legitimarios o necesarios*”. (p. 236). En nuestro Código Civil estos son: Los Hijos y demás descendientes, los hijos adoptivos y sus descendientes legítimos, los padres y demás ascendientes y el cónyuge.

Señala además sobre la legitima lo siguiente:

La legitima es, esencialmente, una restricción de la ley que limita la libre disposición de los bienes de quien tiene *herederos forzosos*

Tal institución no existe en los países en que la libertad de disponer por testamento es absoluta.

La legitima es inherente a la calidad de *heredero forzoso*.

Es intangible. No solo hay prohibición de que el causante disponga libremente de esa parte de la herencia cuando tiene *herederos forzosos*, sino que, además, no puede gravarla mediante condiciones, plazos o cargos.

La legitima esta, asimismo, protegida por la ley aun durante la vida del titular de los bienes.

El derecho a la legitima tiene como excepciones: la desheredación hecha por el testador por algunas de las causales taxativamente señaladas por la ley. La posible exclusión por indignidad declarada por sentencia judicial.

La legítima tiene su fundamento en los derechos y obligaciones que provienen de la relación familiar debido a la naturaleza del parentesco consanguíneo o por el vínculo matrimonial. En esta relación se funda también la obligación del titular de los bienes de proporcionar alientos a sus más cercanos familiares que dependen económicamente de él, o que necesitan de esta ayuda para subsistir”. (Lannata,1981, p.237).

4.1.3.7. Los Herederos Forzosos.

Como se indicara, los herederos forzosos son aquellos a los cuales la ley les reserva una parte no disponible de la masa hereditaria. En el caso peruano lo conforman: “Los Hijos y demás descendientes, los padres y demás ascendientes y el cónyuge” (Art. 724 del C.C.)

Existen en la herencia testamentaria. Siempre heredan aun en la herencia legal, ya que en los órdenes de esta ocupan los primeros lugares, y en la herencia testamentaria son herederos aunque el heredero no lo quiera.

Su carácter forzoso deriva del hecho de que el testador no puede disponer de todo su patrimonio, sea instituyendo heredero, sea instituyendo legatarios, lo cual puede hacerlo solo en testamento (...) sea celebrando contratos de donación durante su vida (...) aunque produzcan efectos a la muerte del donante (Castañeda, 1975, p.13).

Además, el artículo 736 del Código Civil prescribe que la institución de heredero forzoso se hará en forma simple y absoluta y que las modalidades que imponga el testador se tendrán por no puestas. Así, a los herederos forzosos no se les puede imponer condiciones y cargas en lo que atañe a la legítima. En cambio, a los herederos voluntarios si se les puede exigir aquellas.

4.1.3.9. Orden Sucesorio en Ausencia de Testamento.

El artículo 816° de nuestro Código Civil prevé los concerniente al orden sucesorio de los parientes del *cujus*, estableciendo lo siguiente:

Son herederos de primer orden los hijos y demás descendientes.

Son herederos de segundo orden los padres y demás ascendientes.

Son herederos de tercer orden el cónyuge.

Son herederos de cuarto, quinto, sexto ordene, respectivamente los parientes colaterales de segundo, tercero y cuarto grado de consanguinidad.

El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros ordenes indicados.

a) Sucesión de los descendientes

Según el art. 818 del código civil todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres. Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales y a los extramatrimoniales reconocidos o declarados por sentencia, respecto de la herencia del padre o de la madre y a los parientes de estos, y a los hijos adoptivos.

De acuerdo a lo normado en el art. 819 del C.C, la misma igualdad rige la sucesión de los demás descendientes y estos heredan a sus ascendientes, por cabeza si concurren solos, y por estirpe cuando concurren con hijos del causante.

Cuando no son hijos heredan por estirpes. Opera la representación sucesoria, principio que permite que las personas con grado de parentesco más remoto reciban con otras de otras de un grado más cercano. (Ferrero, 2005, p 631)

4.1.4. Reconocimiento y protección legal a nivel Nacional e internacional de los derechos de identidad, alimentos y herencia.

4.1.4.1. Derecho de identidad

Legislación Nacional

Nuestra Constitución y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, otorgan una especial importancia y trascendencia al derecho que tiene todo ser humano a su identidad, siendo éste un derecho inherente a tal calidad, y por el cual toda persona es un ser único, irrepetible y trascendente.

Respecto a la regulación nacional de este derecho fundamental, nuestra Constitución Política del Perú, en su artículo 2º, inciso 1, señala que toda persona tiene derecho: “...a su identidad...”; asimismo el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 6º señala que “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos.”; normas que son concordantes con el artículo 19º del Código Civil, que prescribe que “toda persona tiene el derecho y deber de llevar un nombre...”; y con las normas de la Ley Orgánica del RENIEC, en donde se determina que es imprescindible que en la solicitud de inscripción, se consignen los datos que permitan la identificación del niño o adolescente, así como de los padres biológicos, con el objeto de establecer la filiación, lo cual permitirá que el menor logre hacer prevalecer sus derechos y libertades.

Legislación Internacional

a) Declaración Universal de Derechos Humanos

Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A, del 10 de diciembre de 1948; se tiene en el primer artículo: “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”.

b) Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Ambos instrumentos reconocen el derecho que tiene toda persona a un Nombre, así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 18 establece que “ Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos...”. En tanto que, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 24.2 Dispone que “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.

c) Convención sobre los Derechos del Niño:

Esta convención, en su art.7° reconoce a favor de los niños, además del derecho a tener un nombre otros derechos adicionales, así establece que: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

4.1.4.2. Derecho de alimentos

A nivel nacional

a) Constitución política del Perú.

Nuestra constitución política consagra las siguientes normas que se vinculan al derecho alimenticio:

El art. 2°, inc. 1: consagra los derechos de toda persona a la vida y a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. Además, establece que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Art., 2° inc. 22: Instituye el derecho que tiene toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Este artículo se vincula con el hábitad que debe tener toda persona para desarrollarse, siendo la habitación parte de los alimentos.

Art. 6°. parr. 2do. Esta norma constitucional se encuentra directamente relacionada con el derecho de alimentos, estableciendo que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Teniendo los hijos el deber de respetar y asistir a sus padres.

Art. 13°. reitera el deber de los padres de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo.

b) Código Civil

Ar. 418°. Establece que, por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

Art. 423°. Señala que "Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: 1. Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.(...)"

Art. 472°. define los alimentos como aquello que "es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto".

Ar. 474°. Establece la obligación recíproca de alimentos entre los cónyuges, ascendientes y descendientes y entre hermanos.

Art. 481°. Se refiere a criterios para fijar alimentos. Señala que los alimentos se regulan por el Juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que puede darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos.

Art. 483°: "El obligado a prestar alimentos puede pedir que se le exonere si disminuyen sus ingresos, de modo que no pueda atenderla sin poner en peligro su propia subsistencia, o si ha desaparecido en el alimentista el estado de necesidad.(...)"

Art. 487°- establece que el derecho de pedir alimentos, es de carácter intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable.

c) Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por Ley N° 27387

Art. 92°. Define los alimentos en una forma más amplia que el Código Civil, incluyendo aspectos tales como la recreación del niño o adolescente, así como también los gastos del embarazo de la madre, desde la concepción hasta la etapa post parto.

El art. 93°. Se refiere a los obligados a prestar la pensión de alimentos. Señala que es obligación de los padres prestar la pensión de alimentos a sus hijos y en ausencia de ellos hay prelación de esta obligación entre los hermanos mayores de edad, los abuelos, los parientes colaterales hasta el tercer grado y otros responsables.

A nivel internacional.

a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Considerada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el diez de diciembre de 1948, en su art. 25.1 establece lo siguiente: "Toda persona tienen derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

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

b) El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Esta norma de carácter internacional entró en vigor en el Perú el 28 de julio del año de 1978. En ella se reconoce el derecho alimentario en la forma siguiente: Artículo 11.1 "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y

su familia, incluso la alimentación, vestido y vivienda adecuada, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho. Los Estados partes en el presente Pacto reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán individualmente y mediante la Cooperación Internacional, las medidas incluidos programas concretos que se necesiten (...)" El precepto legal, del pacto antes mencionado, incluyen el reconocimiento que deben, por los Estados parte, al Derecho Alimentario a tomar las medidas, sean individuales o colectivas.

c)

Este instrumento internacional suscrito el 22 de noviembre de 1969, en el art. 17°. Respecto a la Protección de la Familia establece lo siguiente: 1, La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 5. La Ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

d) Declaración americana de los derechos y deberes del hombre.

Art. XI. "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica correspondiente al nivel que permiten los recursos públicos y los de la comunidad". Lo preceptuado, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, dispone que todo ser humano tiene derecho a que se le proteja de su salud física y a que tenga una adecuada alimentación.

e) Convención sobre los Derechos del Niño.

La norma internacional de mayor relevancia en favor de la niñez es la Convención sobre los Derechos del Niño, esta norma dispone en su Artículo 18°: que "Los Estados Partes podrán el

máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tiene obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño...” El artículo 27° de este mismo cuerpo normativo regula el derecho alimenticio:

Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

A los padres u otras personas encargadas del niño le incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el Extranjero.

4.1.4.3. Derecho hereditario.

A nivel nacional

a) Constitución Política del Perú.

Nuestra carta magna consagra el derecho fundamental a la herencia en el Art. 2 inc. 16. Disponiendo que “Toda persona tiene derecho: a la propiedad y a la herencia”.

b) Código civil.

Art. 660°.- Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

Art. 723°.- La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.

Art. 724°.- Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho

Art. 733°.- El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquélla gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los Arts 731° y 732°, salvo en los referidos casos.

Art. 816°.- Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.

El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este Artículo.288

Art. 817°.- Los parientes de la línea recta descendente excluyen a los de la ascendente. Los parientes más próximos en grado excluyen a los más remotos, salvo el derecho de representación.

Art. 818°.- Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres. Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos, y a los hijos adoptivos. Sucesión por cabeza y por estirpe

Art. 819°.- La misma igualdad de derechos rige la sucesión de los demás descendientes. Estos heredan a sus ascendientes por cabeza, si concurren solos, y por estirpe, cuando concurren con hijos del causante.

A nivel internacional.

En el ámbito internacional, el derecho hereditario o de herencia, es mencionado como un motivo por el cual se prohíbe la discriminación, solo por dos instrumentos internacionales como son la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en donde se establece lo siguiente “los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás a ...heredar bienes” (art. 13), y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial que señala: (...) los Estados partes se comprometen ... a garantizar sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de : El derecho a heredar “ (art. 5.d) vi.).

No obstante ello, en razón a que el hereditario se encuentra íntimamente vinculado con el derecho a la propiedad citaremos algunas normas internacionales que recogen este último derecho.

Así tenemos que, en el ámbito de la Carta Internacional de Derechos Humanos, el derecho de propiedad fue solamente reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos cuyo art. 17° dispone que “toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente” En algunos casos, la propiedad es mencionada como un motivo por el cual se prohíbe la discriminación, como es el caso del art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En general, esos instrumentos reconocen un derecho general a ser propietario sin cualquier tipo de discriminación, como lo hacen explícitamente la Convención Internacional sobre la Eliminación

de todas las Formas de Discriminación Racial (Art, 5) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16.1).

En complementación a los instrumentos, se pueden identificar algunos otros que consolidan obligaciones de cumplimiento. Entre ellos, se puede mencionar a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que reconoce a todo individuo el derecho a efectivamente acceder a la propiedad (art. 13.3). En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se reconoce el derecho a acceder a la propiedad como un derecho-medio para satisfacer a las demás necesidades básicas y la dignidad del individuo y del hogar (art. XXIII).

4.2. SUBCAPITULO II. LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL EN LA LEGISLACION NACIONAL.

La actual regulación nacional de este preocupante instituto del derecho de familia, como lo es la filiación, se encuentra enmarcado en dos normas específicas, siendo estas el Código Civil, y la Ley N°28457.

En el presente subcapítulo, se procederá a citar textualmente el contenido normativo de ambas normas jurídicas, realizándose a continuación un análisis normativo fraccionado respecto de los artículos que, en específico, interesan a la presente investigación, ello con el objeto de no desbordar el tema y/o problemática que nos convoca.

4.2.1. Código Civil.

Esta norma sustantiva dedica 35° artículos a la regulación normativa de la filiación extramatrimonial, y establece en su contenido dos mecanismos legales a través de los cuales el hijo habido fuera del matrimonio puede establecer su estado filiatorio de hijo extramatrimonial, siendo estos: el reconocimiento y la declaración judicial de paternidad extramatrimonial (Código Civil. Art. 387°).

4.2.1.1. Determinación de la Filiación Extramatrimonial mediante el Reconocimiento.

Hijo extramatrimonial

Artículo 387°.- Medios probatorios en filiación extramatrimonial.

El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.

Dicho reconocimiento o sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad obliga a asentar una nueva partida o acta de nacimiento, de conformidad con el procedimiento de expedición de estas.

Reconocimiento del hijo extramatrimonial

Artículo 388°.- El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.

Reconocimiento por los abuelos

Artículo 389°.- El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando éstos se hallen comprendidos en los Artículos 43° incisos 2 y 3, y 44° incisos 2 y 3, o en el Artículo 47° o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a su hijo.

Formas de reconocimiento

Artículo 390°.- El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.

Reconocimiento en el registro de nacimiento

Artículo 391°.- El reconocimiento en el registro puede hacerse en el momento de inscribir el nacimiento o en declaración posterior mediante acta firmada por quien lo practica y autorizada por el funcionario correspondiente.

Reconocimiento por uno de los progenitores

Artículo 392°.- Derogado.

Capacidad para reconocer

Artículo 393°.- Toda persona que no se halle comprendida en las incapacidades señaladas en el Artículo 389° y que tenga por lo menos catorce años cumplidos

puede reconocer al hijo extramatrimonial.

Reconocimiento de hijo fallecido

Artículo 394°.- Puede reconocerse al hijo que ha muerto dejando descendientes.

Irrevocabilidad del reconocimiento

Artículo 395°.- El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.

Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada

Artículo 396°.- El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

Asentimiento para que el hijo extramatrimonial viva en el hogar conyugal

Artículo 397°.- El hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges no puede vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro.

Efectos del reconocimiento del hijo mayor de edad

Artículo 398°.- El reconocimiento de un hijo mayor de edad no confiere al que lo hace derechos sucesorios ni derecho a alimentos, sino en caso que el hijo tenga respecto de él la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento.

Impugnación del reconocimiento

Artículo 399°.- El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 395°.

Plazo para negar el reconocimiento

Artículo 400°.- El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto.

Negación del reconocimiento al cesar la incapacidad

Artículo 401°.- El hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad.

4.1.1.1.1. Análisis de los artículos normativos que interesan a la presente investigación.

“Artículo 388°.- El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos”.

Comenzando con el análisis normativo de este mecanismo de obtención del estado filiatorio de hijo extramatrimonial, el art.388° del C.C llama de primer momento nuestra atención, ello en la medida que, de su texto normativo fluye una premisa que resulta trascendental para la presente investigación, consistente en la libertad de arbitrio de los padres (padre y madre) de ejercer el reconocimiento del (os) hijo(s) que conjuntamente procrearon, y con ello la consiguiente la responsabilización o no de aquel(los). Esta afirmación realizada resulta del término “pueden” que fluye del artículo en mención, el mismo que es empleado en alusión al propio origen etimológico del término “reconocer” y del cual deriva su conceptualización doctrinaria como “acto jurídico (voluntario) consistente en la afirmación solemne de paternidad biológica hecha por el generante, acto que confiere al reconocido un *status fili* que lo liga al reconocedor”. (Peralta, 2008, p.461).

Así, se tiene que, este mecanismo de obtención del *status fili* de hijo extramatrimonial conmemora la voluntad del progenitor de reconocer o no a su descendencia, de manera que el o los hijos que la conforman, tendrán que esperar o apelar a la conciencia moral de su progenitor para ostentar la calidad de hijo respecto de aquel.

A ello se debe agregar la formalidad con la que debe quedar investido el acto jurídico de reconocimiento que practicase el reconociente a fin de que pueda desplegar todos sus efectos legales como son, la adquisición y asunción de una diversidad de derechos y deberes.

Nuestro código civil establece tres formas que el reconociente puede emplear para configurar válidamente el acto de reconocimiento, siendo estos, el registro de nacimientos, la escritura pública, y el testamento; en ese sentido, el empleo de cualquier otra forma orientada a conseguir el mismo efecto legal no servirá para conformar el acto jurídico de reconocimiento; así, el hijo extramatrimonial no podrá reclamar el goce y disfrute de los derechos que emanan del instituto de la filiación alegando la conformación de este mecanismo por medio de cualquier otra forma no

establecida por ley, citando a modo de ejemplo, la comprobación de la afirmación de la paternidad hecha por el progenitor por medio de una carta, diario, ante el público, o por la consignación del apellido paterno en la partida de nacimiento, pues la norma es clara al establecer que dicha consignación no surte efectos filiatorios.

4.2.1.2. Determinación de la Filiación Extramatrimonial a través de la Declaración Judicial de Paternidad Extramatrimonial.

Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

Artículo 402.

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

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

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

4.- En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

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

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

Improcedencia de la acción.

Artículo 403°.- Derogado.

Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada

Artículo 404°.- Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenida sentencia favorable.

Inicio de la acción antes del nacimiento.

Artículo 405°.- La acción puede ejercitarse antes del nacimiento del hijo.

Demandados en la acción de declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial.

Artículo. 406. La acción se interpone contra el padre o contra sus herederos si hubiese muerto”. (en caso de paternidad extramatrimonial)

Titulares de la acción

Artículo 407°. La acción corresponde sólo al hijo. Empero, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste. El tutor y el curador, en su caso, requieren autorización del consejo de familia.

La acción no pasa a los herederos del hijo. Sin embargo, sus descendientes pueden continuar el juicio que dejó iniciado.

Juez competente.

Artículo 408°.- La acción puede ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado o del demandante.

Declaración judicial de maternidad extramatrimonial

Artículo 409°. La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.

Inextinguibilidad de la acción

Artículo 410°.- No caduca la acción para que se declare la filiación extramatrimonial.

Normatividad supletoria

Artículo 411°.- Son aplicables a la madre y a sus herederos las disposiciones de los Artículos 406° a 408°.

Efectos de la sentencia por filiación extramatrimonial.

Artículo 412.- la sentencia que declara la paternidad o maternidad extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento. en ningún caso confiere al padre o a la madre derecho alimenticio no sucesorio.

Prueba biológica o genética.

Artículo 413°.- 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.

También son admisibles estas pruebas a petición de la parte demandante en el caso del Artículo 402°, inciso 4), cuando fueren varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si alguna de las pruebas descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a alguna de las pruebas, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás. La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a alguna de las pruebas. (Código Civil,1984)

4.1.1.2.1. Análisis de los artículos de interés para la presente investigación.

“Artículo 407°. La acción corresponde sólo al hijo. Empero, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste. El tutor y el curador, en su caso, requieren autorización del consejo de familia.

La acción no pasa a los herederos del hijo. Sin embargo, sus descendientes pueden continuar el juicio que dejó iniciado” (Código Civil,1984).

Del presente artículo en análisis, podemos apreciar de primer momento que, conforme fluye de su mismo texto normativo, si bien la acción filiatoria se encuentra reconocida a favor del “hijo no reconocido” como directo interesado en el establecimiento de su *estatus fili*, este último no podrá ejercerla de muto propio cuando sea menor de edad, sino que lo hará en nombre suyo la madre, el tutor o curador de este en tanto no se haya emancipado; y ello es así, por cuanto este postulado normativo no hace más que responder a la regulación que contempla el art. 42° de nuestro C.C. en torno a la capacidad de ejercicio de las personas, estableciendo que “tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 43° y 44°” (supuestos de incapacidad absoluta y relativa); de esta forma el hijo extramatrimonial no podrá reclamar o incoar la acción judicial que le permita establecer su filiación respecto del padre que no lo reconoció sino hasta cumplidos los 18 años de edad, o

excepcionalmente, hasta cumplidos los 16 años de edad siempre y cuando el hijo haya contraído matrimonio u obtenido título oficial que lo habilite a ejercer una profesión u oficio conforme lo establece el art. 46° del C.C en cuyos supuestos no podrá demandar el derecho alimentario- en caso el progenitor se negase a brindárselos voluntariamente - ello por cuanto se presume que el hijo que ha conformado un hogar o que bien tiene una profesión, cuenta con las posibilidades necesarias para proveer a su sostenimiento.

En este contexto, podemos realizar una primera afirmación consistente en lo siguiente:

Por regla general, el hijo extramatrimonial -de muto propio- no podrá accionar judicialmente el establecimiento de su filiación en contra del progenitor que no lo reconoció, y/o en su caso contra los herederos de este, sino hasta cumplidos los 18 años de edad y, de modo excepcional, podrá hacerlo a los 16 años de edad siempre y cuando cumpla con los presupuestos establecidos en el art. 46° del C.C. a propósito de establecer su filiación y con ella poder hacer exigible el cumplimiento de los efectos que dimanen de esta institución.

Continuando con el análisis del artículo en mención, y en concordancia con la primera afirmación planteada, tenemos que, en tanto el hijo extramatrimonial sea menor de edad la acción filiatoria podrá ser ejercida por la madre, o en su caso por el tutor o curador que se encuentre a cargo del menor, requiriéndose en estos dos últimos casos autorización del consejo de familia para tal efecto. De dicha aserción extraída del artículo en análisis, lo primero que llama nuestra atención es el término “puede” que se emplea en la redacción de esta premisa normativa, el cual hace alusión inequívoca al carácter potestativo, facultativo o voluntario de los otros sujetos habilitados por ley para accionar o no la declaratoria judicial de paternidad extramatrimonial a favor del niño no reconocido durante la minoridad de este, ello por cuanto nos refiere que la filiación del niño, así como la posibilidad de goce y ejercicio de los derechos que dimanen de esta institución a favor

suyo queda relegada a la exclusiva voluntariedad de los sujetos autorizados por ley quienes pueden o no accionar la filiación de estos miles de niños que carecen de filiación; así si estos sujetos por diversos motivos deciden no promover acción alguna en interés del hijo extramatrimonial, sea tratándose del caso de la madre por citar algún ejemplo, por temor u odio hacia el padre del menor, orgullo, prejuicios, etc. este niño tendrá que esperar a adquirir la capacidad requerida por ley que lo habilite a reclamar su filiación y los derechos que le asisten en virtud de esta última, teniendo que afrontar en el transcurso de su niñez y/o adolescencia por una serie de limitaciones y desventajas para su desarrollo integral tanto de índole moral como económico. Otra cuestión que resulta importante señalar, consiste en la abstención que puede producirse en gran parte de esta población infante, carente de filiación, es que al cumplir la mayoría de edad decida no reclamar su filiación y con ella los derechos y bondades que dimanarían de esta institución a favor suyo, ello al ser contagiados de los sentimientos, emociones, prejuicios, etc., de quien se hizo cargo de ellos hasta su emancipación, dejando de esta modo al progenitor irresponsable exento de todo tipo de responsabilidad respecto del hijo, produciéndose de esta manera un reforzamiento pasivo de una conducta antisocial que a todas luces resulta atentatoria de los derechos fundamentales del hijo extramatrimonial como sujeto de derechos y como ser humano que es, convirtiéndose así la tan anhelada práctica y efectivización de la paternidad responsable en un espejismo cada vez menos visible y palpable.

Del análisis realizado, podemos afirmar:

Durante la minoridad del hijo extramatrimonial el establecimiento de su filiación queda en un completo estado de “incertidumbre” arraigado directamente a la voluntariedad de la madre o en su caso del tutor o curador para reclamar la filiación del menor, y con esta los derechos que dimanarían

de su establecimiento, ello sobre todo durante el primer año o primeros años de vida del niño los cuales son trascendentales para asegurar su correcto desarrollo integral.

4.2.2. Ley N° 28457.

El 08 de enero del 2005 fue publicado en el Diario Oficial "EL Peruano" la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, trayendo consigo innovaciones en materia procesal respecto a tal declaración, pues se trata de una ley especial que determina la competencia y la vía procedimental solo para las pretensiones que se sustentan en el inciso sexto del artículo 402° del Código Civil,

El proceso que regula se encuentra comprendido en 5 artículos los mismos que han experimentado una serie de modificaciones a lo largo de los últimos años, siendo la última introducida por la ley 30628 del 03 de agosto del 2017, quedando su texto actual de la siguiente forma:

Sobre la demanda, acumulación de pretensiones y juez competente.

Artículo 1.- Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juzgado de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

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

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

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

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

De la Oposición

Artículo 2.- La oposición no genera declaración judicial de paternidad siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN. El juzgado fijará fecha para la audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes.

En la audiencia se llevará a cabo la toma de muestras para la prueba biológica del ADN, la cual es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo; en caso el padre no tenga domicilio conocido, sea inubicable o este haya muerto, podrá realizarse la prueba al padre, madre u otros hijos del demandado de ser el caso.

Asimismo, en la audiencia se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 555 y demás del Código Procesal Civil en lo que respecta a la pretensión de fijación de una pensión alimentaria.

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

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

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

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

Allanamiento

Artículo 2-A.- El demandado podrá allanarse a la demanda, desde que fue notificado hasta antes de la realización de la prueba biológica de ADN.

Oposición fundada

Artículo 3.- Si la prueba produjera un resultado negativo, el juez declarará fundada la oposición y dictará sentencia declarando también infundada la pretensión de alimentos, condenando a la parte demandante al pago de las costas y costos del proceso.

Oposición infundada

Artículo 4.- Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada declarándose la paternidad.

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

Apelación

Artículo 5.- La declaración judicial de paternidad, la resolución que ampara la oposición y/o el fallo relativo a la prestación de alimentos podrán ser apelados dentro del plazo de tres días de notificado.

Ingresada la causa al superior jerárquico, el juez señalará fecha para la vista de la causa dentro del plazo de diez días y se emitirá la sentencia en un plazo que no excederá de diez días”.

Devolución de costos de prueba de ADN

Artículo 6.- Si la parte demandante asume el costo de la prueba en un laboratorio privado, la parte demandada debe reintegrarle lo asumido en caso de que el resultado sea positivo a la paternidad.(Ley N° 28457)

Las razones de introducción de este proceso en el Perú, según Ariano D. fueron fundamentalmente tres, siendo estas: *a)* La existencia de un consenso científico en los niveles de certeza de los resultados de la prueba de ADN (...), *b)* El proceso de conocimiento no es el adecuado para sustanciar el proceso de filiación, por cuanto es el "más lato o prolongado de todos los existentes en nuestro ordenamiento", pudiendo tardar "entre tres o cuatro años", y además "es el más oneroso, dado que los aranceles judiciales aplicados son más altos que los aplicados a otros procesos". *c)* El excesivo tiempo de su tratamiento ocasiona un alto costo económico que la mayoría de los litigantes no puede cubrir, costos que en muchos casos también ocasionan que una vez iniciado el litigio, este tenga que ser abandonado en el trayecto por falta de recursos para su prosecución. (2005, p.65)

Para nosotros, tomando de base las razones precitadas, la dación de esta norma vino a constituir en primer lugar una política legislativa en materia social establecida por el Estado, promoviendo el reconocimiento de la filiación por parte de los presuntos progenitores, fomentando la plena

vigencia de los derechos humanos y el rol para asumir una paternidad responsable; en segundo lugar, nuestra realidad social ha conllevado a que se opté por un procedimiento especialísimo para dilucidar tal reclamación y no estar sometido a las reglas previstas para la vía procedimental de proceso de conocimiento, teniendo en cuenta la certeza de la prueba genética del ADN . No obstante, la presencia de esta Ley en el sistema jurídico no importo ningún cambio sustantivo en el Código Civil de 1984, ratificándose la vigencia del sistema restringido de investigación de la paternidad extramatrimonial.

Esta manera de legislar acerca de la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial desconoce que el derecho del niño a conocer a sus padres impone como principio rector un sistema de libre investigación de la filiación, y que en nuestro Código Civil de 1984 se debe suprimir el sistema de causales determinadas para la investigación de la filiación. En otras palabras, el estado filial deberá encontrar como referencia solo la realidad biológica, pues la igualdad de los hijos elimina la posibilidad de calificar los vínculos biológicos como matrimoniales o extramatrimoniales, excepto para distinguir el supuesto de hecho del que emana dicho vínculo.

De lo expuesto, tomando las palabras de la profesora Victoria M. (2015), diremos que, en la actualidad, la filiación es un instituto preocupante del Derecho de Familia. Su regulación resulta obsoleta e impropia, a pesar del reconocimiento constitucional a la igualdad de los hijos y la prohibición a toda forma de discriminación. (p.1)

4.2.2.1. Análisis de los artículos de interés para la presente investigación.

“Artículo 1.- Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juzgado de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. (...)”(Ley N° 28457).

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

Este es un cambio importante en el que se toma en cuenta el interés moral o familiar (art. VI del Título preliminar del Código civil) para iniciar la acción, cuyo fundamento primordial es el interés superior del niño. No obstante, esta apertura en la legitimidad para incoar un proceso judicial en pro del interés del hijo extramatrimonial no le asegura que en ausencia del accionar de su madre, quien debería ser la más interesada por velar por el bienestar de su hijo y por la cautela de sus derechos, alguien más abogara por el establecimiento de su filiación. y aun en el supuesto de que ello empíricamente ocurriese nadie le asegura (al niño) que ello será realizado desde su primer año de vida, o peor aun, si deberá esperar a encontrarse en un estado tan deprimente para que de ese modo alguien “se anime” a reclamar sus derechos.

4.3. SUBCAPITULO III. LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL EN LA LEGISLACION COMPARADA.

En este subcapítulo se procederá a analizar el tratamiento que se le da al instituto de la filiación en el derecho comparado, en específico a la “determinación de la filiación extramatrimonial”, a propósito de conocer la manera en que esta ha sido configurada y cuáles son las tendencias para su tratamiento. Ello nos permitirá examinar cómo es que el derecho nacional debe actualizarse y adecuar las normas que regulan la filiación de los hijos extramatrimoniales tomando especial atención y cuidado al nuevo paradigma constitucional familiar.

Se ha elegido como casos a examinar la legislación de Costa Rica, Brasil, Nicaragua, Venezuela, y Panamá. Todos ellos, países que demuestran una la evolución en el tratamiento legal de la filiación extramatrimonial por influencia del derecho constitucional y de los tratados internacionales a los cuales se encuentran adheridos y vinculados normativamente.

4.3.1. Costa rica.

En Costa Rica, la filiación tiene un régimen compuesto por la Constitución de 1949 y los tratados de derechos humanos que poseen rango constitucional tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación pertinente como el Código de Familia, la ley de Paternidad Responsable, el Código de Niñez y Adolescencia, y muy pocas normas del Código Civil, entre otras.

Así, le son aplicables al ordenamiento costarricense el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

A la luz de este bloque normativo, los principios que emergen de la filiación en el derecho costarricense son los de igualdad de los hijos, la no discriminación, el derecho a la identidad y la indisponibilidad de la filiación. Ello en atención a que conforme a la sentencia N° 3435-92 y su aclaración N° 5759-93 los tratados tienen rango por encima de la Constitución. Así, la Sala Constitucional de la Corte Suprema al indicar que “los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”.

En el mismo sentido, en la sentencia N° 2002-10693 del año 2002, la Sala Constitucional reiteró que, “ocurriendo a la luz del artículo 48 de la Constitución Política, todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos han sido elevados a rango constitucional, y por consiguiente estos deben ser incorporados en la interpretación de la Constitución sobre todo en esta materia (...)”.

En el derecho costarricense, la filiación se divide en filiación matrimonial, extramatrimonial y por adopción.

En cuanto a la determinación de la filiación extramatrimonial, en este país se recurre fundamentalmente a dos institutos: el reconocimiento (artículos 84 al 90 del Código de Familia) o el proceso judicial de investigación o declaración de paternidad (artículos 91 al 99 del Código de Familia), que da lugar a la acción de reclamación de reconocimiento y a la acción de impugnación del reconocimiento.

En relación a la acción de reclamación, el derecho costarricense reconoce la acción de reclamación de filiación extramatrimonial en sentido estricto, la acción preventiva de reclamación de filiación extramatrimonial y las acciones personales de la madre contra el padre.

El artículo 91 del Código de Familia señala que la acción de reclamación de filiación de paternidad y maternidad extramatrimonial es permitida al hijo y a sus descendientes. Ahora bien, de acuerdo al artículo 95 del Código en mención, la investigación de paternidad o maternidad, tratándose de hijos mayores, podrá intentarse en cualquier momento en vida del padre o madre o a más tardar dentro del año siguiente a su fallecimiento. Así también, el mismo dispositivo indica que si el padre o madre falleciere durante la minoridad del hijo, podrá intentarse la acción, aún después de su muerte con tal de que se ejercite antes de que el hijo haya cumplido veinticinco años. En el caso de que el hijo encontrare un documento escrito o firmado por el padre o madre en el

cual éste o ésta expresen su paternidad o maternidad, podrá establecer su acción dentro de los dos años siguientes a la aparición del documento, si esto ocurriere después de vencidos los términos indicados.

No obstante, a partir del veintisiete de abril del año dos mil uno, mediante la entrada en vigencia de la Ley N.º 8101 surge un tercer mecanismo orientado al establecimiento de la filiación extramatrimonial. Esta ley establece un trámite administrativo para establecer la filiación, que nace bajo el fundamento de dar cumplimiento al mandato constitucional que afirma que *"...Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley"* contenida en instrumentos internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y con el mandato internacional contenido en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, la cual señala que *"es obligación de los estados garantizar mediante la educación el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil en materias relacionadas con sus hijos"*; ello con el fin de cambiar la situación de evasión de responsabilidad paterna existente en este país, la misma que se evidenciaba con la existencia miles de niños nacidos fuera del matrimonio no reconocidos voluntariamente por sus padres.

El trámite que regula esta ley, en aras de establecer la filiación extramatrimonial, consiste en lo siguiente: La madre, luego señalar el nombre del presunto padre, hace que el Registro Civil - una vez inscrito el hijo con la filiación materna- inicie el procedimiento. Se da traslado por el término de diez días al presunto padre, realizando la notificación en forma personal.

Notificado el presunto padre, éste puede realizar el reconocimiento voluntario de la paternidad, solicitar prueba de A.D.N., o bien no presentarse dentro del emplazamiento. Si reconoce, se

inscribe la paternidad. Igual sucede si no se presenta dentro de los diez días, solo que esta vez, mediante presunción establecida en la ley.

Si solicita prueba de A.D.N., se le da cita para que conjuntamente con la madre y la persona menor de edad, acudan al laboratorio de Pruebas de Paternidad de la Caja Costarricense del Seguro Social, el cual se encuentra debidamente acreditado por el Ente Costarricense de Acreditación, requisito establecido en la ley. Otorgada la cita pueden darse tres supuestos diferentes; a) que el presunto padre no se presente o se niegue a llevar a cabo la prueba, en este caso, se consignará en forma presunta como padre siempre y cuando la madre y la persona menor de edad se hayan presentado a la cita; b) puede que llegue el presunto padre, pero que no llegue la madre o el menor; c) que no llegue ninguna de las partes. En los dos últimos casos, se ordena el archivo del trámite.

4.3.2. Brasil.

En el ordenamiento brasilero, la filiación se encuentra regida por la Constitución de 1988, el Código Civil del 2002, el Estatuto del Niño y del Adolescente de 1990 y la Ley N° 8560 de 1992. El régimen de filiación se estructura en dos clases: filiación matrimonial y extramatrimonial que admite que los hijos nacidos de ambas situaciones, tienen los mismos derechos y está prohibida cualquier diferenciación o discriminación entre ellos.

De hecho, la Constitución de 1988 señala en el artículo 227° el principio de igualdad de los hijos y consagra en el artículo 5° el principio de igualdad ante la ley sin distinción alguna. Asimismo, el derecho de familia y la filiación en específico encuentran en los tratados de derecho internacional ratificados por Brasil un parámetro de rango equiparable al constitucional que irradia todas las instituciones que tienen una identidad material con los mismos. La enmienda 45 del año 2004, estableció que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, ya que su ingreso al ordenamiento interno tiene el mismo valor de la reforma de la Constitución.

Lloveras da cuenta de los principios constitucionales atinentes a la filiación estableciendo que entre ellos se encuentran la igualdad de los hijos, el derecho a la vida, el derecho a la identidad, el derecho a pertenecer a una familia y el derecho a establecer una filiación (Lloveras, 2007, p.127).

En el mismo sentido, la legislación del año 2002 da cuenta de principios relevantes que emergen de la filiación. Así, el artículo 1596 del Código Civil hace referencia a la igualdad de las filiaciones, y por otro lado, del Estatuto del Niño y del Adolescente se desprende la vinculación del derecho a la identidad (artículos 7° y 8° de la CDN y el principio de verdad biológica (artículo 10).

En lo referente a la determinación de la filiación extramatrimonial de los hijos, esta legislación se guía por el reconocimiento del padre, es decir, por el acto solemne y público por el cual una persona declara que determinada persona es su hijo. Así, en la doctrina brasilera existen tres tipos de reconocimiento: el voluntario, el administrativo y el judicial.

En el marco de la filiación extramatrimonial, se reconoce la acción de investigación de la paternidad y la maternidad. En relación al reconocimiento judicial, el Código Civil de 2002 establece en el artículo 1615° que la legitimación activa para interponer la demanda de reclamación de paternidad o maternidad extramatrimonial corresponde al hijo y sus herederos.

Asimismo, podemos hablar de la existencia de un procedimiento de investigación oficiosa de la paternidad. La ley N° 8560, del 29 de diciembre del 1992, regula la investigación de oficio de la paternidad de los hijos extramatrimoniales estableciendo que todo registro de nacimiento debe indicar el nombre del padre a fin de permitir su indagación.

“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” (Varsi, p.124)

En este tipo de proceso, la legitimación en la investigación de la paternidad extramatrimonial en el ordenamiento brasileiro es amplia en la medida que se extiende no solo al hijo y a sus herederos, sino a todos los que tienen un interés legítimo en ella.

El procedimiento en este caso se inicia cuando el oficial del Registro Civil detecta una partida de nacimiento en la que no hay una paternidad determinada y envía una copia al juez con los datos del presunto padre. Luego, el juez fija una audiencia para oír a la madre y debe notificar al presunto padre para que brinde su manifestación, y en dicha oportunidad el padre podrá aceptar la paternidad con lo que el proceso concluye, o en caso de no asistir o negar la paternidad el juez informará al Ministerio Público para que se inicie la acción de investigación de la paternidad.

4.3.3. Nicaragua.

En el ordenamiento nicaragüense la filiación se encuentra regida por la Constitución de 1986, el Código de la Niñez y la Adolescencia de 1998, y por el Código de Familia (Ley N°870) de 2014.

La filiación en este país tiene lugar por consanguinidad o por adopción, en ambos casos se reconocen iguales derechos para los hijos y está prohibida cualquier diferenciación o discriminación entre ellos, así lo establece el art. 75° de su carta magna, y el art 89° de la Ley N°870.

Asimismo, resultan relevantes los artículos 71° párr. 2do. 73°, 75° y 76° de su Constitución, en los que, respectivamente, se establece: la plena vigencia de la Convención sobre los Derechos

del Niño y la Niña, la igualdad de los hijos, la igualdad de derechos y responsabilidades entre el hombre y la mujer sobre la crianza de sus hijos, y la responsabilidad del Estado en su promoción:

El Código de la Niñez y la Adolescencia por su parte revoluciona el concepto tradicional que se tuvo de la niñez y adolescencia, al considerarlos sujetos de derechos, todos ellos iguales ante la ley con los adultos.

En su art. 24, esta norma establece la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres en las obligaciones para con sus hijas e hijos. El artículo 26 plantea la educación y la formación integral de los hijos(as) como un deber que padres y madres deben compartir en igualdad.

En cuanto a la determinación de la filiación de los hijos “no reconocidos” - dado que en este ordenamiento la filiación -por consanguinidad- se basa únicamente en el “reconocimiento”, el cual puede ser: voluntario, administrativo y/o judicial. El hijo “no reconocido” voluntariamente por su padre, podrá reclamar su reconocimiento, a través de un procedimiento de carácter administrativo o judicial.

En el procedimiento judicial, la investigación de la paternidad es ventilado ante los juzgados de familia y donde no lo hubiere, ante los jueces de los juzgados locales de lo civil y locales únicos. Este proceso puede ser iniciado por cualquier parte interesada, para lo cual la madre, el padre y los hijos (as) deberán someterse a la prueba científica de marcadores genéticos o ADN y en caso de que se negase a ello, se aplicará la presunción de paternidad establecido en el código de familia.

Los efectos resultantes del reconocimiento o declaración de paternidad, para todos los efectos el hijo o hija, entra a formar parte de la familia consanguínea de sus progenitores.

4.3.4. Panamá.

La constitución de 1972, y el Código de Familia de 1994 son las normas encargadas de regir el instituto de la Filiación en este país.

Según el ordenamiento de Panamá, la filiación puede tener lugar por consanguinidad o por adopción, reconociéndose iguales derechos para los hijos en ambos supuestos.

En cuanto a la determinación de la paternidad, conforme a lo establecido por el artículo 252° del código de familia de 1994, esta puede ser establecida con base en el reconocimiento a través de cualquiera de sus cuatro modalidades, a saber: reconocimiento voluntario, reconocimiento legal, reconocimiento judicial y el reconocimiento administrativo.

El reconocimiento voluntario de la paternidad es el que realiza el propio padre del hijo o hija. (art. 254)

El reconocimiento legal, por su parte, es el que tiene lugar por ministerio de la ley, con bases en las presunciones legales. (art. 265)

El reconocimiento judicial es aquel que surge de la exigencia judicial del reconocimiento de la paternidad hecha por el hijo (a) no reconocido voluntariamente por el padre. Según el código de familia de este país el derecho de los hijos o hijas para vindicar el estado que les pertenece es imprescriptible. Por muerte de los hijos o hijas ese derecho pasa a los nietos, y respecto de ellos también es imprescriptible.

La sentencia judicial que declare la paternidad, una vez ejecutoriada, surte efectos legales; y el Juez ordenará al Registro Civil que haga la inscripción correspondiente en el acta de nacimiento del hijo o hija. (art. 279°)

En el reconocimiento administrativo, el procedimiento se inicia cuando la madre de un niño o niña no reconocido voluntariamente por su padre declara bajo la gravedad de juramento, el nombre del padre del menor ante el registrador auxiliar del hospital o centro de salud donde se haya producido el nacimiento o ante la Dirección Provincial del Registro Civil del Tribunal Electoral.

Recibida la información en la Dirección Provincial del Registro Civil del Tribunal Electoral se procede a notificar al presunto padre biológico. Si dentro del término señalado, el presunto padre acepta la paternidad, se inscribirá el niño (a) con los apellidos de ambos padres surgiendo desde ese momento los derechos y responsabilidades inherentes a dicha calidad. Si el presunto padre se negase a ser notificado o no contesta después de la notificación, o niega la paternidad, se le ordenará, mediante resolución de la Dirección Provincial del Registro Civil del Tribunal Electoral a practicarse una prueba de marcador genético o ADN. Este examen se practicará en el laboratorio del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público o en un laboratorio designado por éste y; a ella se presentarán el presunto padre, la madre y el hijo. En caso de no presentarse el presunto padre a la práctica de la prueba, sin razón justificada y de haber asistido la madre y el hijo se ordenará la inscripción del niño (a) con los apellidos del padre biológico y de la madre, sin perjuicio de la acción de impugnación de paternidad establecida en el Código de familia.

Si la prueba de marcador genético o ADN resulta positiva, la Dirección Provincial del Registro Civil del Tribunal Electoral, ordenará la inscripción del hijo o hija con los apellidos del padre biológico y de la madre.

Por último, corresponde señalar que, este proceso de reconocimiento administrativo sólo podrá ser instaurado durante el primer año transcurrido desde el nacimiento del hijo o hija.

4.3.5. Venezuela.

En la República Bolivariana de Venezuela, el instituto de la Filiación se encuentra normado por la constitución de 1999, el Código Civil de 1982, y por la Ley N° 38773.

El art. 56° de la ley fundamental de este país reconoce taxativamente el derecho de toda persona a conocer a sus padres, garantizando para ello la libre investigación de la paternidad y la maternidad, también establece que toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el

registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica. Asimismo, en el art. 75° se establece el derecho de los niños niñas y adolescentes a ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen, teniendo tanto el padre como la madre el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas. (art. 76) .

Por otra parte, el art 78° de este cuerpo normativo establece que “Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República, teniendo en cuenta que, conforme lo establece su art. 23°. “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

En lo concerniente a la determinación de la filiación de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, los artículos 2009° y 2010° del Código Civil de Venezuela, establecen que, esta puede quedar determinada por declaración voluntaria del padre, o después de su muerte, por sus ascendientes; y a falta de reconocimiento voluntario, mediante declaración judicial en la que pueden actuarse todo tipo de pruebas incluyendo las pruebas biológicas y/o genéticas, siendo que la negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considera como una presunción en su contra.

En cuanto a la legitimidad para accionar la declaración judicial de paternidad, los artículos 226° y 227° señalan que “Toda persona tiene acción para reclamar el reconocimiento de su filiación

materna o paterna, en las condiciones que prevé el presente Código”. “En vida del hijo y durante su minoridad, la acción podrá ser intentada, si no lo hiciere su representante legal, por el Ministerio Público, por los organismos públicos encargados de la protección del menor, por el progenitor respecto del cual la filiación esté establecida y por los ascendientes de éste”.

A parte de la regulación antes aludida, el 20 de septiembre de 2007. se promulgó y entró en vigencia en este país la Ley N° 38.773 la cual produjo un cambio novedoso en el ámbito de la determinación de la filiación paterna de los hijos nacidos y concebidos fuera del matrimonio, habilitando a la madre a acudir por ante el Registro Civil y realizar la presentación de sus hijos (as), debiendo además indicar el nombre y apellido del padre sí como su domicilio y cualquier otro dato que contribuya a la identificación del mismo. Realizada la presentación del niño (a) el funcionario competente elaborará inmediatamente el Acta de Nacimiento respectiva, asimismo deberá notificar a la persona señalada como padre a los fines que comparezca a reconocer o no la paternidad señalada. Si este reconoce su paternidad se dejará constancia de ello en el Libro de Actas de Nacimiento debiendo el funcionario competente expedir una nueva acta que sustituirá la anterior. Si por el contrario, el presunto padre negare la paternidad, se podrá solicitar que se le practique la prueba de (ADN) u otra experticia -cuya gratuidad será garantizada por el Estado- para comprobar la paternidad. En el supuesto que presunto padre se negare a realizarse dicha prueba, se considerará como un indicio en su contra. Si la experticia para la determinación de la filiación conforma la paternidad se dejará constancia de este hecho en el procedimiento y en el Libro de Actas de Nacimiento, surtiendo todos sus efectos legales (se considerará como un reconocimiento voluntario). En el supuesto que, transcurrido el lapso de comparecencia sin que la persona señalada como padre acuda a aceptar o negar la paternidad, se remitirán las actuaciones al Ministerio Público con competencia en materia a los fines de iniciar el procedimiento de filiación

correspondiente donde el juez o jueza competente podrá ordenar con carácter obligatorio pruebas de filiación, biológico ADN y otras experticias, las cuales deberán ser garantizadas gratuitamente por el Estado.

4.4. SUBCAPITULO IV.- ANALISIS DE LOS PROCESOS DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL TRAMITADOS EN LAS SEDES DE PUNO Y JULIACA DEL DISTRITO JUDICIAL DE PUNO DURANTE LOS AÑOS 2015 Y 2016.

De la revisión de los procesos especiales, sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial, seguidos ante los Juzgados de Paz Letrados del Distrito Judicial de Puno – Sedes Puno y Juliaca- durante los años 2015 y 2016, se obtuvieron los siguientes resultados:

Cuadro 1

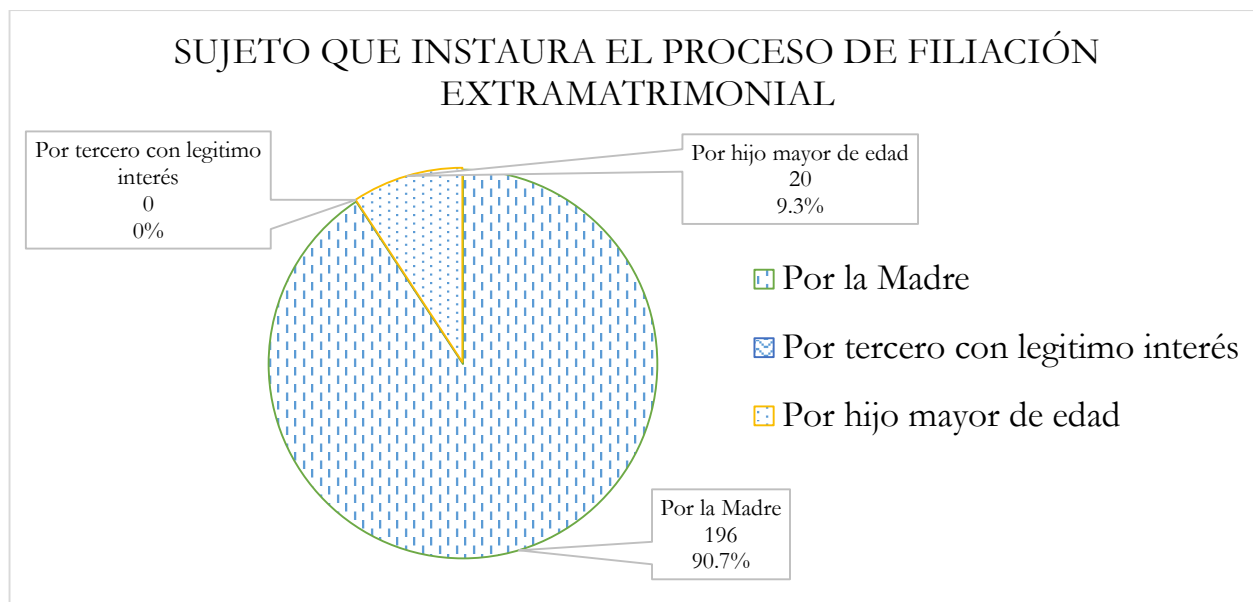
DEL SUJETO QUE INSTAURA EL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL (2015 – 2016) SEDES PUNO Y JULIACA

A) PROCESOS INSTAURADOS DURANTE LA MINORIDAD DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL			Cantidad	Porcentaje
Criterio	Cantidad	Porcentaje	196	90.7%
Por la Madre	196	100%		
Por Tercero con legítimo interés	0	0		
B) PROCESOS INSTAURADOS POR DERECHO PROPIO (HIJO MAYOR DE EDAD)			20	9.3%
<i>TOTAL</i>			216	100.0%

Fuente: Elaboración propia

Gráfico 1

**DEL SUJETO QUE INSTAURA EL PROCESO DE FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL (2015 – 2016) SEDES PUNO Y JULIACA**



Fuente: elaboración propia.

Interpretación:

Los resultados que nos muestran el cuadro y la figura N° 1 con respecto del sujeto que instaura el Proceso de filiación extramatrimonial, son los siguientes:

El 90.7 % (196) de los procesos de filiación extramatrimonial fueron instaurados “Durante la minoridad del hijo extramatrimonial”; siendo que, el 100% (196) de ellos fueron incoados a iniciativa de la madre; mientras que, el 0%, (0) de ellos fue iniciado por persona distinta de la progenitora, esto es, por un tercero con legítimo interés en el establecimiento de la filiación del menor no reconocido.

El 9.3 % (20) de los procesos de filiación extramatrimonial, porcentaje bastante reducido, fue instaurado a por el hijo extramatrimonial mayor de edad (dada su capacidad de ejercicio).

De estos resultados, lo que nos interesa es lo concerniente a la instauración de los procesos de filiación durante la minoridad del hijo extramatrimonial (por cuanto lo concerniente a los procesos instaurados por los hijos mayores de edad serán interpretados en el segundo cuadro), por cuanto ello nos muestra que, pese a la apertura legal que hace la Ley N° 27584 con respecto a la legitimidad activa para incoar un proceso de filiación extramatrimonial en beneficio e interés de un menor sin filiación o no reconocido se advierte que, ninguna otra persona diferente de la madre “se interesa y preocupa” por el establecimiento de la filiación de estos niños pese a la trascendencia que dicho acto involucra. Estos resultados también significan que, ante la ausencia de voluntariedad de la madre por incoar un proceso de filiación a favor de su menor hijo, a este último no le quedara otra alternativa más que esperar a alcanzar la mayoría de edad para actuar en defensa de sus propios derechos e intereses.

Cuadro 2

DE LA EDAD DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL AL MOMENTO DE LA INSTAURACIÓN DEL PROCESO DE FILIACIÓN. (2015-2016)

EDAD DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL AL MOMENTO DE LA INSTAURACIÓN DEL PROCESO DE FILIACIÓN.	Cantidad	Porcentaje
De 0-1 año	78	35.30%
De 2-5 años	50	22.60%
De 6-12 años	48	21.70%
De 13-17 años	24	10.90%

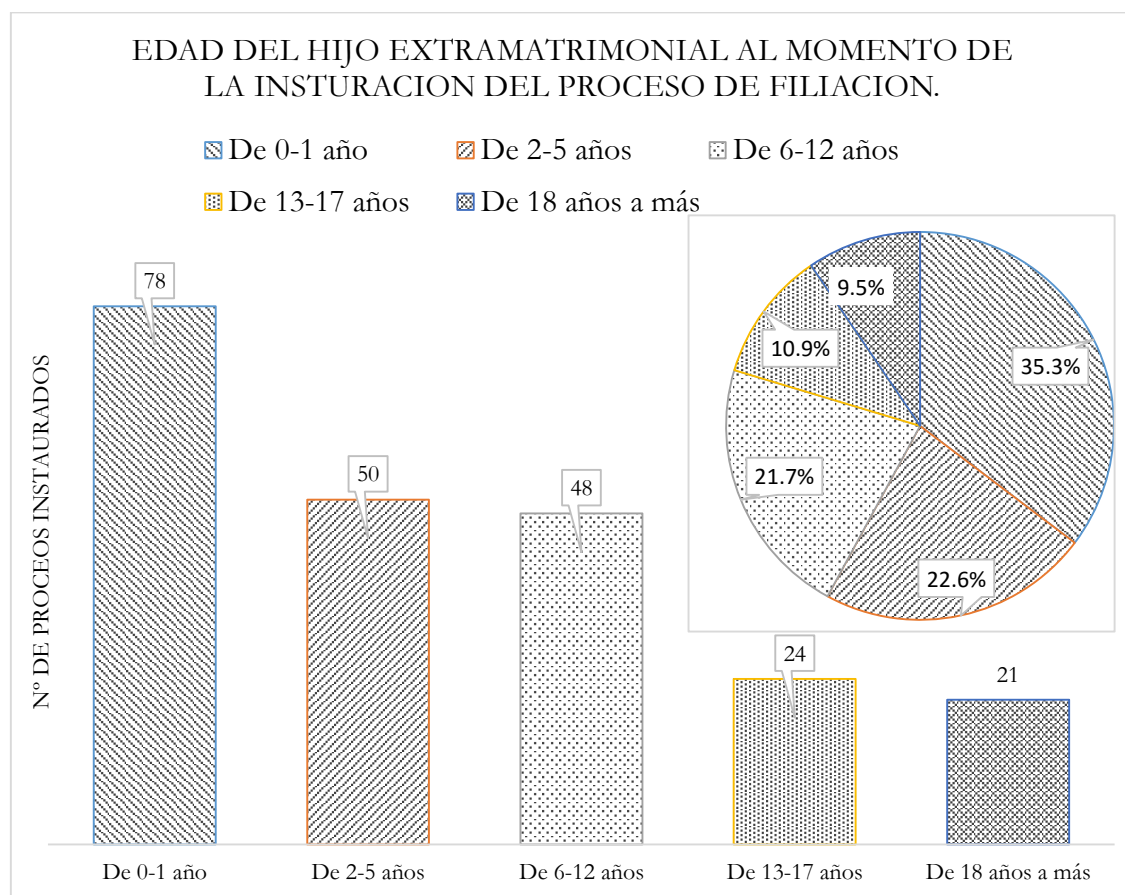
De 18 años a más	21	9.50%
<i>TOTAL</i>	221	100.00%

* 221 HIJOS en 216 CASOS

Fuente Elaboración Propia

Gráfico 2

DE LA EDAD DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL AL MOMENTO DE LA INSTAURACIÓN DEL PROCESO DE FILIACIÓN. (2015-2016)



Fuente: elaboración propia.

* Se evaluaron 216 casos en los cuales se pudieron cuantificar 221 hijos extramatrimoniales

Interpretación:

Del cuadro y de la figura N° 2 se puede apreciar que la edad del hijo extramatrimonial al momento de la interposición de la demanda de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, es como sigue:

El 35.3 % (78) corresponde a niños entre la edad de 0 -1 año de edad.

El 22.6 % (50) corresponde a niños entre la edad de 2-5 años de edad.

El 21.7 % (48) corresponde a niños entre la edad de 6-12 años de edad.

El 10.9 % (24) corresponde a niños entre la edad de 13-17 años de edad.

El 9.5 % (21) corresponde a mayores de 18 años de edad en adelante.

Estos resultados denotan que, si bien la filiación paterna del 35.3 % de hijos extramatrimoniales menores de edad fue reclamada por sus madres desde el primer año de vida de estos, el porcentaje restante de madres (54%) lo hicieron después; situación que redundante de modo inobjetable en perjuicio de los intereses del menor teniendo en cuenta que, los primeros años de vida de una persona son precisamente los más indispensables para asegurar su correcto desarrollo físico y mental; por lo que se hace urgente y vital atender de manera satisfactoria a las necesidades propias de esta etapa de vida por la que atraviesa todo ser humano.

Además de ello tenemos que, conforme a estos resultados, un porcentaje minoritario de los procesos de filiación son incoados por los hijos extramatrimoniales que han alcanzado la mayoría de edad, situación que hace presumir el desinterés del hijo por reclamar algo “de quien se negó a reconocerlo” en su oportunidad, pese a que ello le resulte desventajoso y/o vaya en contra de sus propios intereses. En ese sentido resulta evidente la importancia de efectivizar el derecho filiatorio del hijo extramatrimonial desde su primer año de vida por encontrarse involucrados derechos fundamentales de este.

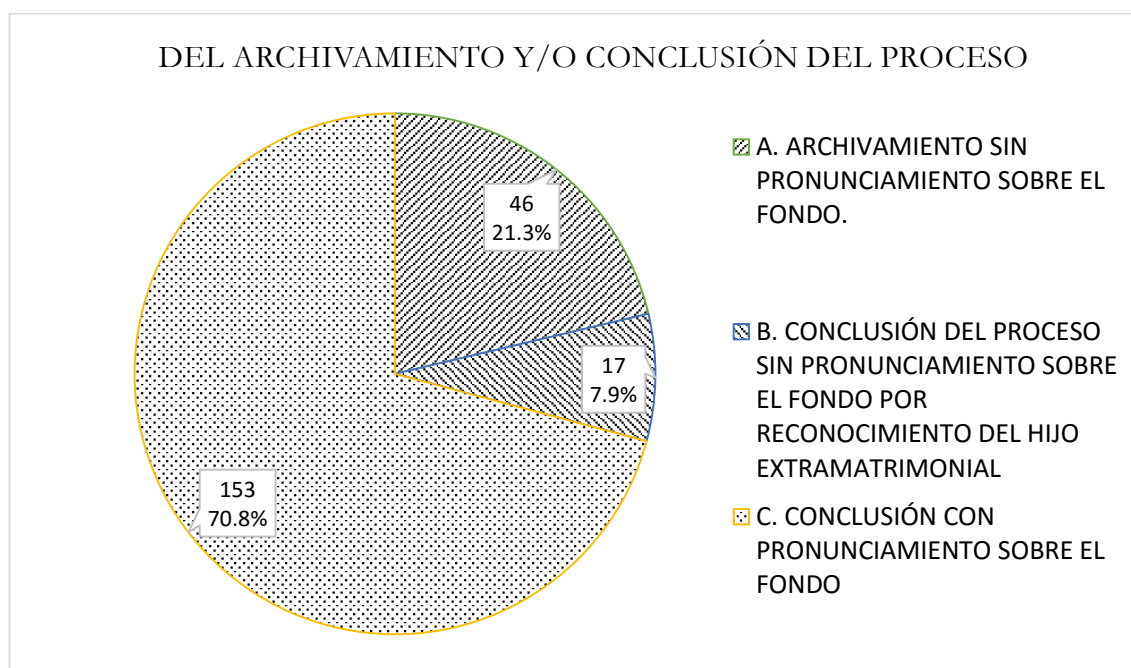
Cuadro 3

DEL ARCHIVAMIENTO Y/O CONCLUSIÓN DEL PROCESO (2015-2016)

A) Archivamiento sin pronunciamiento sobre el fondo.			Cantidad	Porcentaje
Criterio	Cantidad	Porcentaje	46	21.3%
Inadmisibilidad de la demanda.	29	13.4%		
Improcedencia de la demanda.	15	6.9%		
Desistimiento del proceso.	2	0.9%		
B) Conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo por reconocimiento del hijo extramatrimonial.			17	7.9%
Criterio	Cantidad	Porcentaje	17	7.9%
Si	17	7.9%		
C) Conclusión con pronunciamiento sobre el fondo			153	70.8%
<i>TOTAL</i>			216	100.0%

Fuente: elaboración propia.

Gráfico 3

DEL ARCHIVAMIENTO Y/O CONCLUSIÓN DEL PROCESO (2015-2016)

Fuente: elaboración propia.

Interpretación

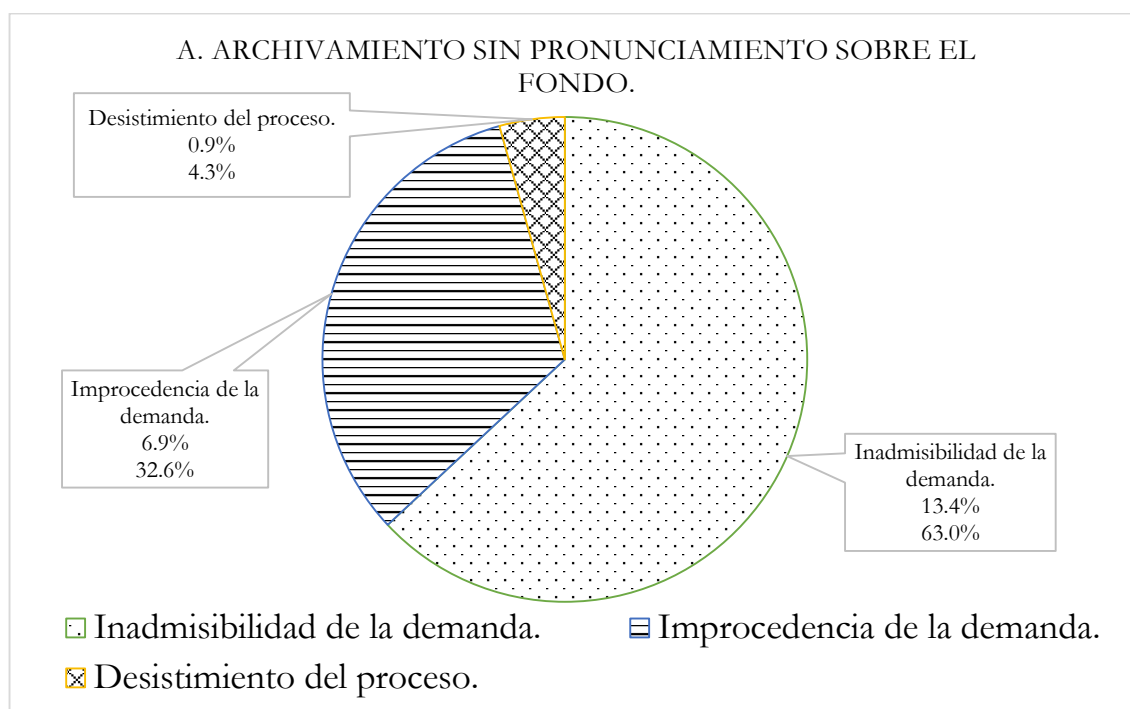
Vemos el cuadro y la representación gráfica del archivamiento y/o conclusión de los procesos de filiación extramatrimonial notando que, el 29.2%, 63 de 216 procesos, (Archivamiento sin pronunciamiento sobre el fondo 21.3% + Conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo por reconocimiento del hijo extramatrimonial 7.9%) fueron archivados y/o concluyeron sin pronunciamiento sobre el fondo; y que el porcentaje restante (70.8%) ,153 de 216 procesos, concluyeron con pronunciamiento sobre el fondo.

Analizaremos a continuación en forma más detallada cada uno de estos puntos:

Del apartado (A) del cuadro N° 3

De los 216 expedientes que fueron objeto de análisis en la presente investigación, el 21.3% , 46 de 216 procesos, concluyeron sin pronunciamiento sobre el fondo, correspondiendo:

Gráfico 4

ARCHIVAMIENTO SIN PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL FONDO (2015-2016).

Fuente: elaboración propia.

El 13.4 % de ellos (29) a causales de inadmisibilidad de la demanda,

El 6.9 % (15) a causales de improcedencia de la demanda, y

El 0.9 % (2) al desistimiento del proceso.

Dicho resultado, encuentra inmediata equivalencia con el número y/o porcentaje de niños y niñas cuya filiación paterna no pudo ser determinada, en el primer caso (inadmisibilidad y posterior rechazo) por no reunir la demanda los requisitos de forma exigidos por ley para la tramitación de la causa; en el segundo caso (improcedencia) por no reunir la demanda los requisitos de fondo exigidos por ley para la tramitación de la causa - que en los procesos en estudio estuvo ligado concretamente a 2 razones: a) por encontrarse el menor reconocido por alguien más -casi en la totalidad de los casos-, y b) por que el menor era hijo matrimonial y no podía ser reconocido sino

hasta que el marido incoase la acción respectiva y obtuviese sentencia favorable -; y en el tercer caso porque la madre del menor dejó de estar de acuerdo con proseguir el trámite del proceso de filiación en favor, interés y beneficio del hijo.

En ese sentido, resulta claro que, la minoridad del menor constituye una verdadera barrera al acceso de su filiación hasta cumplidos los 18 años de edad, ello por cuanto no existe garantía alguna para él, de que la acción filiatoria incoada en favor y nombre suyo por la madre y/o por un tercero, se concrete a través de una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del asunto. Pues como se puede apreciar de los resultados, en los supuestos de inadmisibilidad de la demanda, la conclusión del proceso se produjo con motivo de la falta de subsanación los requisitos de forma exigidos por ley para la tramitación del proceso; en los casos de improcedencia, la conclusión del proceso estuvo vinculado a dos razones puntuales como son el reconocimiento del menor por persona distinta del verdadero padre (debido a la renuencia de este último de reconocer su progenitura), y con las limitaciones establecidas por la propia ley; y en el tercer y último supuesto, la conclusión del proceso se produjo por razones de índole subjetivo por parte de la madre.

Del apartado (B) del cuadro N° 3

De este apartado se tiene que, de los 216 procesos de filiación extramatrimonial analizados, el 7.9 % (17) concluyeron por sustracción de la materia y/o conciliación al haberse reconocido al hijo extramatrimonial durante el trámite del proceso.

Esto quiere decir que casi el 8 % de demandados en esta clase de procesos, pese a ser conscientes de su condición de padre respecto del menor sin filiación, no cumplen con reconocer a su progenie sino hasta después de haber tomado conocimiento de la existencia de un proceso de filiación extramatrimonial incoado en su contra. Esta situación demuestra de modo inobjetable que al encontrarse el reconocimiento del hijo extramatrimonial en la estricta esfera de discrecionalidad

del progenitor, este -acto- puede ocurrir (en cualquier momento), o no ocurrir hasta la emancipación del menor; escenario que a todas luces resulta perjudicial hacia los derechos e intereses del menor, pues la inexistencia de certeza filiatoria para estos niños los coloca en un completo estado indefensión en lo que son sus primeros dieciocho años de vida.

Del apartado (C) del cuadro N° 3

Por otra parte se tiene que, el porcentaje restante (70.8%) 153 de 216 expedientes, si concluyeron con pronunciamiento sobre el fondo, cuyo sentido de la sentencia será determinado mas adelante a través de otros cuadros.

Cuadro 4

DE LA OPOSICIÓN CONTRA EL MANDATO DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL (2015-2016)

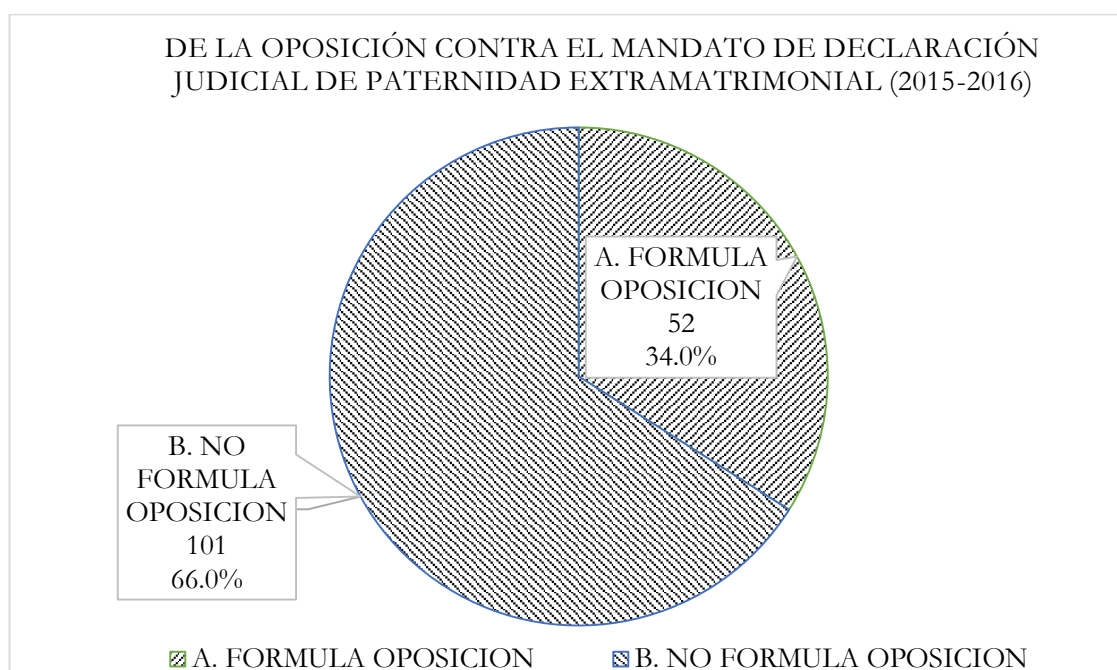
A. FORMULA OPOSICIÓN			Cantidad	Porcentaje
Criterio	Numero	Porcentaje		
Oposición rechazada	4	7.69%	52	34.0%
Oposición improcedente.	19	36.54%		
Oposición fundada	2	3.85%		
Oposición infundada	27	51.92%		
B. NO FORMULA OPOSICIÓN			101	66.0%
<i>TOTAL</i>			153	100.00%

Fuente: Elaboración propia

* la cifra 153 corresponde al número de procesos cuya conclusión se da con pronunciamiento sobre el fondo.

Gráfico 5

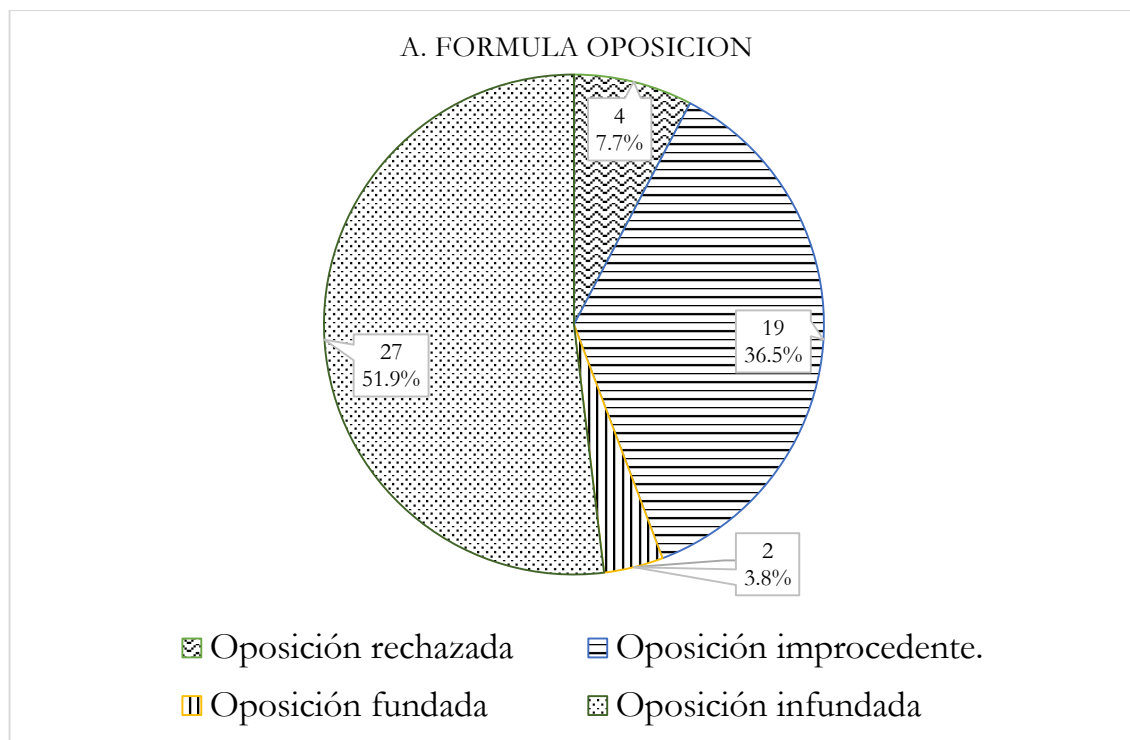
**DE LA OPOSICIÓN CONTRA EL MANDATO DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE
PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL (2015-2016)**



Fuente: elaboración propia.

Gráfico 6

**RESULTADO DE LA OPOSICIÓN CONTRA EL MANDATO DE DECLARACIÓN
JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL (2015-2016)**



Fuente: elaboración propia.

Interpretación:

Del cuadro N° 4 y de los gráficos N° 5 y 6 tenemos que de los 153 procesos de filiación extramatrimonial que si concluyeron con pronunciamiento sobre el fondo el 34% (52 de 153 procesos) de los demandados formulo oposición contra el mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, siendo que:

El 7.7 % (4 de 52) de las oposiciones formuladas fueron RECHAZADOS.

El 36.5 % (19 de 52) fueron declarados IMPROCEDENTES.

EL 51.9 % (27 de 52) fueron declarados INFUNDADOS.

El 3.8 % (02 de 52) fueron declarados FUNDADOS,

En el 66% (101 de 153) restante de los procesos que si concluyeron con pronunciamiento sobre el fondo, la parte demandada no formulo oposición.

De estos resultados se tiene que él 34 % (52 de 153) de los demandados no reconocían la presunta paternidad que les era atribuida por la parte demandada, formulando consiguientemente oposición contra el mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial; no obstante tenemos que, 1) él 7.7 % (4) de dichas oposiciones fueron declaradas inadmisibles y posteriormente rechazadas, debido a la falta de subsanación de las observaciones realizadas por el juzgado en torno al modo correcto de plantear esta clase de pretensión; 2) el 36.5 % (19) fueron declaradas improcedentes con motivo de falta de sometimiento a la prueba de ADN por la parte demandada – siendo que, en todos los casos declarados de esta forma, ello se debió a la inasistencia de la parte demandada a la cita programada para la respectiva toma de muestras- , haciendo presumir dicha conducta una aceptación implícita de la paternidad atribuida, puesto que ¿quién querría estar dispuesto a ser declarado padre y asumir las responsabilidades que derivan de dicha calidad respecto de “quien se encuentra seguro” que no es su hijo/a?; 3) el 51.9 % (27) de las oposiciones fueron declaradas infundadas por resultado positivo de la prueba de ADN quedando con ello acreditada la presunta paternidad atribuida a la parte demandada; 4) por último, solo el 3.8 % (02) de las oposiciones formuladas fueron declaradas fundadas por resultar negativa la prueba de ADN a que se sometiera la parte demandada, quedando con ello desacreditada la presunta paternidad que le fuera atribuida.

Estos resultados demuestran que, un porcentaje casi cabal del total de los demandados en esta clase de procesos si resulta ser el padre del menor no reconocido, pues la no formulación de oposición, la no subsanación de observaciones en torno al modo correcto de plantear esta última

pretensión, así como la falta de sometimiento a la prueba de ADN, hacen presumir la existencia de una aceptación implícita de la paternidad atribuida a la parte demandada.

Cuadro 5

INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA DECLARATORIA DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL (2015-2016)

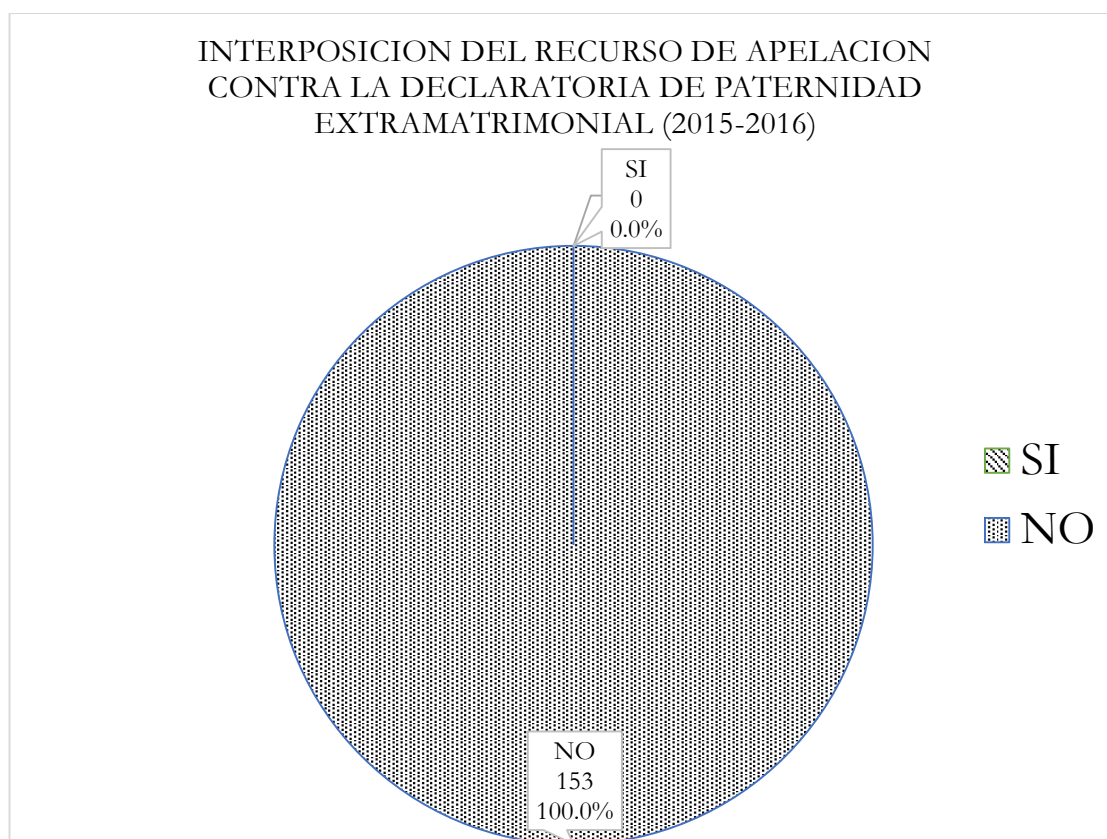
Criterio	Cantidad	Porcentaje
SI	0	0.0%
NO	153	100.0%
	153	100.0%

Fuente: elaboración propia.

** La cifra 153 corresponde al número de procesos en los que si hubo pronunciamiento sobre el fondo.*

Gráfico 7

**INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA DECLARATORIA
DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL (2015-2016)**



Fuente: elaboración propia.

Interpretación:

De este último cuadro y gráfico tenemos que, del 100% (153 de 216) de los procesos de filiación extramatrimonial que concluyeron con pronunciamiento sobre el fondo a favor del hijo no reconocido, el 0% (0) de los demandados interpuso recurso de apelación contra la declaratoria judicial de paternidad extramatrimonial sugiriendo dicha conducta la ausencia de convicción en la parte demandada de su no paternidad respecto del menor demandante, muy por el contrario es indicador de la existencia de vínculo filial entre ambas partes del proceso.

4.5. SUBCAPITULO V. ESTUDIO DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE FILIACION Y DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

4.5.1. Principio de Igualdad de Filiación.

4.5.1.1. Definición y Contenido.

El principio de igualdad de los hijos ante la ley, piedra angular de la Ley sobre Filiación, se funda en la dignidad misma como personas humanas, “toda persona humana por el hecho de ser tal y sin más exigencias, nace y ha de convivir con cualidades de digno, o sea de trascendente en la historia, sujeto libre e igual al prójimo, cuyo destino es realizar un proyecto de vida con sello singular o propio” (Cea, 2008, p.170)

Conforme a este principio los derechos subjetivos familiares deben ser iguales para todos los hijos. En ese sentido no es posible señalar derechos diferenciados a los hijos cuyos padres poseen estado de familia de casados de los que no lo poseen, puesto que ello atentaría contra el principio de igualdad y el mandato de no discriminación (artículo 2, inciso 2 de nuestra Constitución). (Castro,2005. p.406).

Así también, está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

De esta manera, la nueva legislación ha resuelto un problema muy antiguo, que es el determinar qué derechos les corresponden a quienes no han nacido en una familia legítimamente constituida -hijos extramatrimoniales-, determinando que su origen no debe dar lugar a una disminución en sus derechos. Se dice entonces que la ley no ha hecho distinciones entre hijos, sino entre filiaciones. En ese sentido, las consideraciones para establecer las consecuencias de la declaración de igualdad entre las filiaciones no son más el vínculo matrimonial o no de los padres, sino cuanto beneficie y permita el ejercicio de derechos fundamentales de ese hijo, ello

en la medida que, en virtud del principio en estudio resulta siendo objeto de protección el interés jurídico del hijo. (Vargas (2011. p.98)

Esta institucionalización de la unidad de la filiación en razón de la igualdad de las personas; no obstante, encuentra algunos obstáculos en su materialización. Por ejemplo, una dificultad ha sido el hecho que el matrimonio confiere certeza al hijo respecto de la paternidad asignada al marido de su madre, facilitando la reclamación de la filiación o su establecimiento cuasi indubitable.

Apelando a las seguridades que ofrece el matrimonio, hay quienes en la doctrina han distinguido la situación del hijo denominado legítimo, por haber nacido dentro del matrimonio, de la situación del hijo ilegítimo para quien “la condición de hijo natural está dominada por un dato de hecho que el derecho no podría desconocer: ese hijo no nace en una familia organizada para acogerlo y educarlo” (Savatier, 1967).

Esta afirmación, sin embargo, considera que sólo las familias basadas en el matrimonio expresan una vocación por acoger a los hijos nacidos de la pareja, situación que no es posible generalizar en la actualidad, debido al debilitamiento que experimenta el matrimonio como institución en tanto forma, antes exclusiva, de conformar una familia.

Afirmar que el matrimonio es consustancial al derecho natural, lo vincula al Bien Común y tiene como consecuencia para algunos, la protección de la filiación matrimonial, la que es vista como un medio para la protección de la institución de la familia. Así, puede tener entonces justificación el que la filiación matrimonial resulte más beneficiosa para el ordenamiento jurídico, que la filiación no matrimonial.

En esa línea de pensamiento, Méndez (1986) afirma que “el reconocimiento de la intrínseca igualdad humana va siempre acompañado de la valoración de la familia legítimamente constituida

como indispensable para el bien personal y el Bien Común”. Pero ésta es una familia matrimonial, que niega las otras formas de familia vigentes en la sociedad contemporánea.

En esa línea de intervención, que equipara la protección de la familia (matrimonial) con el Bien Común y que su falta de protección implica inclusive un atentado a la Nación, resulta legítimo proteger a los hijos nacidos dentro de esta familia y no así a los otros hijos, nacidos fuera de ella.

El riesgo de equiparar el Bien Común a la protección de una institución como la familia, negando la protección expresa a cada uno de sus miembros, conlleva el riesgo de postergar la protección de quienes la conforman y relega el ejercicio de derechos fundamentales de los mismos.

Entonces, el argumento para proteger a los hijos de manera independiente del vínculo legal de sus padres, sustentado en la igualdad de la persona humana, debe relativizarse para algunos, al considerarse que tal equiparación en el tratamiento jurídico a ambas filiaciones conlleva una mella para la institución matrimonial.

Así, algunos están de acuerdo en el establecimiento de distinciones entre ambas filiaciones, imponiendo menores beneficios para los hijos nacidos fuera del matrimonio en torno a los derechos patrimoniales o al vínculo que los hijos puedan establecer con la familia de sus progenitores, al sostenerse que el parentesco se propaga, a partir de cualquier clase de filiación, sólo por vía matrimonial.

En mi opinión, la protección del derecho de los hijos al margen del estatuto jurídico del vínculo entre sus padres no puede ni debe suponer una mella en la protección que se debe brindar a una institución como la familia, la que está constitucionalmente protegida por el Estado peruano. Su promoción y auspicio no debe suponer, a su vez, una desprotección a personas que tienen el derecho a la igualdad simplemente por su condición de tal, no debiendo justificarse en su procedencia u otra razón, alguna distinción en el goce o ejercicio de sus derechos.

Pretender que, en aras de la protección de la familia, se deba limitar el ejercicio del derecho de los niños nacidos fuera de ella, es pretender plantear un conflicto que requiere de una ponderación de derechos. Tal conflicto es, a mi entender, inexistente en tanto el ordenamiento jurídico se cimienta en la protección de derechos fundamentales que a la luz del principio garantista de la Constitución y los tratados de derechos internacionales exige, más bien, una extensión de las protecciones otorgadas por el Estado a la persona humana y restringe cualquier posibilidad de limitación o restricción al ejercicio de derechos.

En esa línea, Barbero (1982) opina que la protección de la familia legítima que el Estado debe asumir no exige establecer diferencias que coloquen en situación de inferioridad a los hijos extra matrimoniales. Dice: “siendo injusta la desigualdad, no dejaría de serlo, aunque se demostrase que es un medio eficaz para proteger a la familia legítima”.

Es más, refiere que, con esta afirmación, no debe apelarse a la justificación que se esgrime para la legítima defensa, por ejemplo, cuando se dice que ésta es justificada aun cuando el medio empleado suponga la pérdida de una vida, valor y derecho a la vez. El autor dice que “no se podría decir análogamente que la ley sólo busca proteger la familia legítima, siendo la desigualdad entre los hijos un efecto no querido: habría que demostrar que es el único medio para lograr esa protección”

protección”

En ese sentido, conforme fue referido, siendo que el objeto de protección de este principio es el interés jurídico del hijo, las consideraciones para establecer las consecuencias de la declaración de igualdad entre las filiaciones no son más el vínculo matrimonial o no de los padres, sino cuanto beneficie y permita el ejercicio de derechos fundamentales de ese hijo.

4.5.1.2. Marco Normativo.

4.5.1.2.1. Marco Normativo Nacional.

a) Constitución de 1993.

En el artículo 6 de nuestra carta magna se reconoce el principio de igualdad de los hijos, estableciendo que: (...) Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

b) Código Civil

Artículo 235°.- Los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades. Todos los hijos tienen iguales derechos.

4.5.1.2.2. Marco Normativo Internacional

Resulta de vital importancia considerar en relación del principio en estudio, los instrumentos internacionales que han sido ratificados por el Perú que incluyen contenidos vinculados a la materia.

Estos instrumentos internacionales fundamentalmente son, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

a) Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, fue aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en el año de 1948. Este documento de alcance internacional nos indica que, la convivencia humana debe darse en el marco de la fe, respeto y observancia de los derechos

fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana y en la igualdad de los derechos del hombre y la mujer.

Declara que es deber de los Estados miembros promover el progreso social y elevar el nivel de vida en un concepto de libertad, también establece que los Estados miembros deberán tomar todas las medidas que sean necesarias para que el reconocimiento, aplicación y observancia de los derechos enunciados en la declaración se hagan efectivos.

En los proyectos anteriores en el artículo segundo de dicha declaración no se hacía mención de igualdad por nacimiento, fue al final cuando tras una discusión del término ruso “Solovie” se agregó la palabra nacimiento y fue así aprobada la declaración por lo que dicho artículo nos señala “que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Adicionalmente esta igualdad se refuerza en el artículo 25.2 que dice textualmente “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social”. “Aun cuando esta disposición hace referencia sólo a la protección social, se ha interpretado que esta igualdad abarca todos los derechos pues no parece justo limitar solo a la protección social”. Chávez Asencio, Manuel F. Op.Cit p. 134.

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Estos instrumentos señalan que el ideal del ser humano es desarrollarse y vivir en libertad y en el disfrute de todos sus derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, liberado del temor de que los mismos puedan ser anulados, restringidos o desconocidos, también enuncia que

en el marco de los pactos, el individuo debe ser consciente de que tiene deberes respecto de otros individuos y de la comunidad en la que vive, y por lo tanto también tiene la responsabilidad de trabajar, participar e interesarse porque se reconozcan, se respeten y se apliquen las disposiciones contenidas en los pactos.

En el contenido del artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se señala que todo niño tiene derecho sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por su familia como por la sociedad y el Estado.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice en su artículo 10.3 que se deberán tomar todas las medidas que sean necesarias con el fin de garantizar la protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin distinción alguna por razón de filiación o de cualquier otra condición.

c) Convención sobre los Derechos del Niño

Es la convención más ratificada actualmente, y nos dice que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y del medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, por lo que debe recibir la protección y asistencia necesarios para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Que es un derecho del niño crecer en una familia, asimismo, que debe ser educado en un espíritu de igualdad, tolerancia y dignidad, finalmente afirma que el niño requiere protección legal antes y después de nacer.

Los artículos 2.1 y 2.2 señalan que todos los derechos enunciados en la convención deberán ser respetados por los Estados Parte sin distinción alguna por razón, entre otras, del nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales; así como la

obligación de tomar todas las medidas que garanticen que el menor se vea protegido contra todo tipo de discriminación por causa de la condición o creencias de sus padres o familiares.

Respecto al aspecto protector del menor, en el artículo 3°, se afirma que tanto los tribunales como las autoridades administrativas u órganos legislativos, deberán considerar primordialmente el interés superior del niño. También que los Estados Partes deberán asegurar la protección y cuidados que garanticen el bienestar del niño, teniendo en cuenta los derechos y obligaciones de sus padres o personas responsables de ellos, para lo cual se deberán tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

4.5.2. Principio del Interés Superior del Niño.

4.5.2.1. Definición y Contenido.

4.5.2.1.1. Desarrollo doctrinario.

El interés superior del niño no es un concepto muy nuevo, este proviene del antiguo derecho de la niñez; sin embargo, el paradigma de su concepción ha evolucionado notablemente, a partir de la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Éste quizá es el más importante de sus cambios, pues la protección deriva no de soluciones adultocentristas, sino desde la óptica de aquel a quien la decisión afectará: el niño.

Uno de los problemas que se observa con habitualidad, es esa percepción del interés superior del niño como concepto indeterminado, vago, etéreo; al que la doctrina mayoritaria suele denominar “concepto jurídico indeterminado”. Así tenemos a los profesores Cillero, Grosman, Toledo, Undurraga entre otros, quienes coinciden en la tesis central de que el interés superior del niño es un concepto de difícil determinación. (Cillero, 1999. p.45-62; Toledo, 2005, Grossman 1993, p.23).

Una buena reflexión en torno a la idea de “indeterminación” de un concepto jurídico nos la da Rivero (2006), quien señala que: “... por medio de ellos (conceptos jurídicos indeterminados), la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite sea precisado luego en el momento de su aplicación. Se trata, en este caso como en otros que el legislador recurre a estos *standards* (la buena fe, la negligencia, la diligencia de un buen padre de familia, etc) de conceptos de valor o de experiencia referidos a realidades que inicialmente no permiten una mayor concreción, pero que, trasladadas a situaciones específicas, a supuestos determinados, su aplicación conduce a una solución y no a otras.” (p.272.)

El hecho de que sean diversas disposiciones legales las que se refieran al concepto en estudio, configura lo que en doctrina se denomina “Cláusula General”. Esta técnica implica que los conceptos no se definen en la ley, sino que ésta se refiere a realidades eventuales que hay que concretizarlas de acuerdo a los supuestos del caso práctico en relación con la resolución de un conflicto determinado. (Lathrop, 2004, p.34)

En definitiva, la indeterminación del concepto es un punto de partida cierto para el estudio que iniciamos y comenzaremos a configurar a partir de lo señalado por la doctrina respecto del mismo.

En este contexto, es necesario reflexionar ciertos puntos, a fin de entender que es el interés superior del niño, niña o adolescente.

El niño, niña o adolescente es una persona; por tanto, el ordenamiento jurídico tiene que proteger aquella esencia de persona del menor; protegiendo sus derechos fundamentales y el resto de derechos reconocidos por el sistema jurídico (Rivero, 1999, p.275). Roca, citado por Rivero (1999), realiza una interesante reflexión en torno al común olvido de que los niños tienen la calidad jurídica de persona; así sostiene que:

“...quizá la base de la discusión se encuentre en que algunos autores no acaban de comprender que los niños tienen la categoría jurídica de personas. La falta de capacidad para decidir, la necesidad de sometimiento a instituciones de protección, sean privadas o públicas, hace que en algunas teorizaciones se les excluya de categoría y este punto de partida es lo que viene a plantear una gran parte de los problemas...” (p.216.)

También destaca la doctrina, la idea de futuro, desarrollo o devenir que va de la mano con un niño, niña o adolescente en desarrollo. “En efecto, el proteger el interés superior del menor implica considerar el futuro del sujeto de derecho, incluso más que el presente del mismo; atendiendo que el proceso de desarrollo y configuración de la personalidad está en constante evolución y desarrollo” (Galiano, 2012, pp.18-19).

Por último, dando mayores luces a la delimitación de este principio, la ONU en la Observación General N°14 señala que “...El interés superior del niño es un concepto triple:

Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños.

La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos” (OG. 14.2013, p.4).

Ante el fructífero desarrollo doctrinario en torno al principio estudiado; y considerando que, como bien lo refiere el maestro Cillero, desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate, optaremos de acuerdo a la doctrina mayoritaria, con identificar el interés superior del niño con el bienestar del niño y con la plena satisfacción de sus derechos. (Cillero 2007, P.135)

En este estudio, también resulta interesante hablar respecto de las Funciones y características. Del principio en mención; así, Zermatten y Alston han identificado ciertas funciones y características del principio del interés superior, los cuales pasaremos a revisar.

En relación a las funciones que cumpliría este principio, según el primero de estos autores incluye dos criterios:

Criterio de control: el interés superior sirve para asegurar que el ejercicio de derechos y las obligaciones de los niños sean facilitados y cumplidos. En temas concernientes al derecho de familia, servicios de protección de los niños, las situaciones de cuidado alternativo y los casos de migración es necesario determinar si el interés superior del niño ha sido considerado.

Criterio de Solución: El concepto de interés superior asiste a los funcionarios encargados de tomar medidas con el fin de arribar a decisiones apropiadas en casos que involucren niños (2010. p. 15).

Así, en estos casos se debe llegar a soluciones con el impacto más positivo o el menos negativo para el niño y adolescente.

Alston (1996), por su parte, considera que el interés superior juega los siguientes roles:

Apoya, justifica o clarifica junto con los demás artículos de la Convención un enfoque en particular sobre temas concernientes a los niños y adolescentes, por lo que es un elemento de construcción de normas legales y a la vez un elemento que debe ser tomado en cuenta a la hora de implementar otros derechos. Es decir, el análisis del interés superior del niño puede ser el fundamento de la creación de una norma legal y, a la vez, puede servir para definir la forma en que habrá de implementarse otros derechos. Es un principio de mediación que puede ayudar a resolver conflictos entre distintos derechos, a partir de la Convención. Es decir, habrá de usarse al interés superior del niño para realizar la ponderación de estos derechos.

Puede servir para evaluar leyes, prácticas y políticas que conciernan a los niños y adolescentes pero que no están bajo obligación directa dentro de la Convención. Es decir, permite un examen de lo ya regulado con el fin de verificar su adecuación con los intereses de los niños y adolescentes. (pp. 36-38).

En sentido similar se pronuncia Ramírez S. (2011) quien señala que este principio tiene tres formas de manifestación en el ordenamiento jurídico peruano: 1) inspiradora, pues delimita el accionar del legislador al aprobar normas que conciernan a los niños y adolescentes; 2) interpretativa, ya que es una herramienta de interpretación para los funcionarios que tienen a su cargo tomar decisiones que impliquen a los niños; e 3) integradora porque se la utiliza cuando exista una deficiencia normativa.(p.9).

Sobre las características de este principio Zermatten (2010) enumera las siguientes:

El interés superior no es un derecho subjetivo o sustancial *stricto sensu* sino que es un principio de interpretación que debe ser usado en todo tipo de medidas que conciernan a los niños.

El artículo 3 (1) impone una obligación a los Estados de que el interés superior del niño o niños será una consideración inmediata durante el proceso de toma de decisiones en temas que conciernan a los niños y adolescentes.

Si bien este artículo establece una obligación clara, es tan sólo una entre muchas normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, además de otras fuentes legales nacionales e internacionales que afectarán lo que constituye el interés superior del niño y adolescente. Por tanto, siempre ha de tenerse en cuenta el estándar más alto favorable al interés superior de los niños.

El concepto de interés superior es uno indeterminados que debe ser clarificado en la práctica.

Este principio está inmerso en un espacio y tiempo en particular. Por tanto, su determinación en el caso concreto va a depender del conocimiento científico en constante evolución y ha de tener en cuenta los estándares de interpretación válidos existentes.

Una decisión que tenga en cuenta el interés superior del niño deberá haber considerado las consecuencias a corto, mediano y largo plazo de la misma.

Es un principio en constante evolución pues el conocimiento continúa desarrollándose.

4.5.2.1.2. Desarrollo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una gran importancia en la configuración de las respuestas locales, de la legislación y la jurisprudencia, debido a que sus decisiones son consideradas una «interpretación autorizada» del alcance de las obligaciones contraídas por los estados al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos. (Faúndez, 2004, pp. 980 y ss, CIDH, Opinión Consultiva OC-1/82)

En la Opinión Consultiva 17 por primera vez se hace mención expresa al interés superior en la Corte Interamericana, sentando las bases para el tratamiento futuro del principio en los casos contenciosos. (párrs. 59 y 60.)

La CIDH resalta la importancia del interés superior al considerarlo un principio regulador de la normativa de los derechos del niño, que encuentra su fundamento en la dignidad misma del ser humano (recuperando esta noción del preámbulo de la CADH), en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de los derechos contenidos en la CDN. (OC-17. párrs 59 y 60).

Este instrumento (la CDN), dice la Corte, alude al interés superior como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en su texto «...cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades», a este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.(OC-17. párr. 56.)

Para asegurar la prevalencia del interés superior del niño debe considerarse la necesidad de cuidados y medidas especiales (contemplados en el preámbulo de la CDN y el artículo 19 de la

CADH), lo que se requiere por la situación de los niños, en particular su debilidad, inmadurez o inexperiencia, concluye que es preciso ponderar, además del requerimiento de medidas especiales, las características particulares de la situación en las que se halla el niño. (ibid., párr. 61).

Afirma que en “aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”.(ibidem, párr. 65).

En varios casos contenciosos la Corte reitera lo dicho en la OC-17 en particular resalta la prevalencia del interés superior y que se basa en: (a) la dignidad misma del ser humano, (b) en las características propias de los niños y (c) en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

La CIDH también se ha manifestado en cuanto a la responsabilidad de los Estados en materia de protección de menores y ha reconocido que los niños tienen derecho a medidas especiales de atención y protección. Estas medidas especiales de protección vienen a plasmarse en la obligación del Estado de considerar el interés superior ante cualquier medida que fuera a tomar.

Así, en el caso Alan García vs Perú. Informe N°1/95 de febrero de 1995, la Corte señaló que los instrumentos internacionales de salvaguarda de los derechos del niño han interpretado el derecho a las medidas que su condición de menor requiere como una obligación afirmativa de los Estados de considerar en todas sus acciones el interés superior del niño. En el caso Bulacio vs Argentina, la Corte fue clara al señalar que cuando se trate de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr tal protección regirá siempre el principio del interés superior del niño (CIDH. Sentencia de 18 de setiembre de 2003. párr.134).

En el caso de la Niñas Yean Bosico Vs. República Dominicana la Corte intenta dotar de contenido al interés superior afirmando que su prevalencia debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores de edad, que obliga al Estado e “irradia” efectos en la interpretación de los demás derechos (Sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 134). Se reitera, así mismo, que el Estado tiene obligaciones adicionales (lo califica posteriormente como un “derecho complementario”) (Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, Sentencia de 15 septiembre de 2005, párr. 152) en relación a los derechos de los niños: (a) asumir su posición de garante [de los derechos] con mayor cuidado y responsabilidad, y (b) tomar medidas especiales para lograr la protección de los derechos, las que deben estar orientadas en el principio del interés superior del niño Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 160) . Esto se justifica, de acuerdo a la Corte, porque por su vulnerabilidad, desarrollo físico y emocional necesitan medidas de protección especial”. (Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 134).

En resumen la Corte considera al interés superior, en abstracto, como un principio prevalente que se expresa en diferentes niveles: (i) principio regulador de la normativa de los derechos del niño que “irradia” efectos en la interpretación de los demás derechos, (ii) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en su texto, (iii) un criterio que han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos, (iv) un derecho complementario, por el que el estado debe asumir su posición de garante [de los derechos] con mayor cuidado y responsabilidad, y (v) una orientación para tomar medidas especiales para lograr la protección de los derechos.

4.5.2.1.3. El interés superior del niño y adolescente en el ordenamiento peruano

En lo que concierne a nuestro ordenamiento nacional “el interés superior del niño” está incluido implícitamente en el art. 4° de la Constitución. Así lo manifiesta el Tribunal Constitucional en su sentencia del Exp. N° 02132-2008-PA/TC:

El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4° de la Norma Fundamental en cuanto establece que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)”.

Así también ha sido establecido en las: Exp.N°. 0187-2009-PHC/TC, Exp. N°. 02079-2009-PHC/TC.

En su sentencia del Exp. N°2079-2009-PHC/TC el Tribunal Constitucional señala que la tutela especial que el artículo 4° ofrece al niño tiene una base en el interés superior del niño, doctrina que se admite en el ámbito jurídico a través del bloque de constitucionalidad de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes en el que se menciona que ante toda medida concerniente a un niño se tomará en cuenta su interés superior.

En la sentencia del Exp. N°0187-2009-PHC/TC, el Tribunal Constitucional menciona que el respeto del interés superior del niño implica:

Las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, **ejercicio y disfrute de sus derechos** tengan que estar **orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.** (El negrita es nuestro)

Más adelante adiciona que:

Este principio también impone que, en la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad. (El negrita es nuestro)

Siendo esto así es claro que el Tribunal Constitucional reconoce lo ya visto con anterioridad en el análisis del principio de interés superior y entiende que éste le impone al Estado la obligación de adoptar todas las medidas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños y adolescentes en todo ámbito. Y, así, el Estado sume el deber de adoptar acciones y medidas de todo tipo con el fin de proteger a los niños de cualquier amenaza a sus derechos.

Asimismo, por medio de la lectura de la sentencia del EXP. 02079-2009-PHC/TC, se puede deducir que el Tribunal Constitucional ha subido la valla de protección del niño y adolescente entendiendo que en los casos en que se encuentren el interés superior del niño y el de otros, será preferido el primero.

“(…) Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés (...). En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último (...).”

En esta misma sentencia se consagra que el principio de interés superior está investido de fuerza normativa y que debe ser entendido como vértice de interpretación en los casos relativos a los niños.

En ese sentido, tenemos que en nuestro ordenamiento el principio del interés superior del niño ya no es sólo un principio garantista que extiende una obligación a entidades estatales y

particulares, sino que se ha pasado a reconocer un derecho subjetivo a favor de los niños de que en cualquier caso su interés superior sea examinado primordialmente y prime sobre cualquier otro interés. Por tanto, los niños tienen conferidos el grado más alto de protección conforme las sentencias antes referidas.

Queda claro pues, que, como parte de los derechos humanos, el principio del interés superior tiene una vigencia activa en nuestro ordenamiento jurídico tal como se prueba con las distintas decisiones jurisdiccionales que ratifican su vigencia.

Culminando con este apartado, en un intento de dotar de contenido , y de darle un sentido escueto y abreviado a este principio nos adherimos a lo expresado por Ramírez, quien señala que “el principio del interés superior del niño está vinculado directamente con los derechos fundamentales que ostentan los mismos, existiendo una relación directa entre ambos, ya que sirve a la eficacia, efectividad y vigencia de estos últimos”.

4.5.2.2. Marco Normativo.

El derecho es una excelente herramienta histórica que refleja los intereses de una determinada sociedad. Da cuenta de aquellos que demandan protección jurídica en un momento dado y la manera en que se creía adecuada la implementación de dicha protección. Un estudio sobre los principales instrumentos jurídicos internacionales que han jugado un rol importante en la configuración de los derechos del niño, nos permite advertir el nacimiento del interés por la protección de los menores, y su posterior reconocimiento como sujetos de derechos.

Históricamente se conoce a la “Declaración de Ginebra de 1924” como la piedra angular del derecho de la infancia, que con el tiempo permitió el desarrollo de la Convención sobre los Derechos de los Niños. Esta declaración es el primer instrumento internacional que protege

específicamente los derechos de los niños; como tal permite observar el nacimiento de la protección jurídica a favor de los menores de edad.

El contexto en que se realiza el proyecto es el período de post-guerra que le sigue a la primera guerra mundial, de modo que se enfatiza la protección del niño que fue desatendido en los años anteriores.

Este documento contiene una serie de principios fundamentales, los cuales son:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.

2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.

3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.

5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

Otro documento internacional que ha regulado la necesidad de la protección especial del niño y adolescente es la “Declaración sobre los Derechos del niño de 1959” cuyo Principio 2 establece que:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al

promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el **interés superior del niño**. (el negrita es nuestro).

Esta es la primera mención literal de este principio dentro de un instrumento internacional.

Este principio ha sido incorporado en otros instrumentos internacionales relacionados con los derechos de la niñez como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, cuyo artículo 5b establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que:

(...) la educación familiar incluya (...) el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el **interés de los hijos** constituirá la consideración primordial en todos los casos. (el negrita es nuestro).

También en su artículo 16.1.d. se regula que los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

(...) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial (...)

Continuando, es preciso señalar que, si bien este principio no ha sido incorporado literalmente en los documentos internacionales sobre los derechos humanos de todas las personas (incluyendo los niños) el deber de protección especial a los niños y adolescentes se encuentran incluidos en ellos, así la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1959 en su artículo 25.2 proclama que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencias especiales”. la Convención Americana

sobre Derechos Humanos en su artículo 19° dispone que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que por su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. En línea similar, se reconoce en los artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La “Convención sobre los Derechos del niño” (1989) fue el primer documento en reconocer que los niños y adolescentes son sujetos de Derecho y, como tales, tienen una serie de derechos que pueden oponer al Estado y de esta forma limitar su actuar. Hasta este tratado los niños y adolescentes no eran más que objetos de atención y de medidas de protección. La Convención sobre los Derechos del Niño le otorga capacidad de sujetos de derechos.

Cabe mencionar que debido a la casi universal ratificación de este Convenio, el principio del interés superior del niño puede ser incluso considerado un principio general de Derecho, según lo estipulado por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia así como su carácter consuetudinario (Artículo 38).

El principio del interés superior del niño y adolescente está consagrado en el art. 3° de este cuerpo normativo, que reza así:

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

2. Los Estados Partes se comprometen **a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres**, tutores

u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, **tomarán todas las medidas legislativas** y administrativas adecuadas. (El negrita es nuestro).

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Si bien este principio ya había sido consagrado en los documentos precitados, el lado novedoso de su inclusión en este tratado lo constituye su alcance, ya que crea una obligación muy importante para los Estados, el cual es asegurar que los intereses de los niños sean tomados en cuenta por el gobierno y en toda decisión que tenga algún impacto sobre ellos.

Ahora bien, al incluirse en esta obligación a los órganos legislativos, se está conminando a que cuando se promulgue una ley, el Estado verifique que se haya preservado el interés superior de los niños y adolescentes. Por otro lado, también están obligadas las entidades privadas de bienestar social vinculadas con la ayuda a la infancia como pueden ser Asociaciones u ONGs.

En la Observación General N° 5 sobre “Medidas Generales de implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño” el Comité sobre los Derechos del Niño hace hincapié en que el principio del interés superior llama a tomar medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Asimismo, insta a todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales a aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que se pudieran adoptar. Se mencionan también a las leyes, las políticas propuestas o existentes, las medidas administrativas y las decisiones de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente.

No obstante, a pesar de la obligación estatal generada en este artículo, éste principio no ha sido definido en este documento y tampoco se ha señalado los métodos para llegar a definir cuál es el interés superior del niño, dejando de esta forma todo en manos de la persona encargada del análisis. Es más, el Comité sobre Derechos del Niño a la fecha no ha redactado una Observación General dedicada en su integridad a este principio. Es por esto que su aplicación en cada caso implica la necesidad de definir cuál el interés del niño o grupo de niños en concreto.

No obstante, si bien no existe una determinación o las herramientas para realizarla, el interés superior es recogido de forma específica en varios artículos de la Convención, generando la obligación de considerarlo en situaciones particulares relacionadas, , con:

Responsabilidad de los padres de la crianza de los hijos (Artículo 18 (1)): Ambos padres tienen la responsabilidad primordial de la crianza de sus hijos y el interés superior de los mismos será su principal preocupación, entre otros.

4.6. SUBCAPITULO VI. CONTRASTACION DE UNIDADES DE ANALISIS Y CONSTATAACION DE HIPOTESIS.

HIPÓTESIS ESPECIFICA 01

“Los derechos del niño involucrados en el establecimiento de su filiación son el derecho de identidad, de alimentos y de herencia, los cuales se encuentran reconocidos legislativamente a nivel nacional e internacional – Convenciones y Tratados de DD.HH.”

Conforme se puede apreciar de la presente investigación, los derechos que se encuentran en juego en la determinación de la filiación del menor, son básicamente tres:

El derecho a la identidad, que protege a la persona en lo que constituye su propio reconocimiento: quién y cómo es, representado con sus propios caracteres y sus propias acciones, constituyendo la misma verdad de la persona. Dentro de estos caracteres que permiten

individualizar a la persona en sociedad, admitiendo que cada cual sea uno mismo, está la identidad filiatoria paterna o materna vinculada directamente con la identidad biológica, como expresión directa de la dignidad humana. El ejercicio del derecho a conocer el propio origen biológico a través de la acción de investigación de la paternidad y maternidad, no sólo tiene por finalidad el establecimiento de la filiación biológica sino también la constitución de la relación paterno - filial con el conjunto de derechos - deberes recíprocos que ello implica.

El derecho de alimentos, que comprende lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente. Y cuyo interés se concentra en la prestación de alimentos del alimentante a favor del alimentista para su supervivencia y satisfacción de las necesidades básicas y el goce de los derechos fundamentales, como el derecho a la vida, integridad física, psicológica, moral, salud, educación y social para el logro de su proyecto de vida, que todo ser humano tiene como fin; y

El derecho sucesorio o hereditario, es el poder de tener la calidad de sucesor *mortis causa*, y la facultad de aceptar o renunciar una herencia. Este derecho se encuentra en íntima vinculación con el derecho de propiedad, en el sentido que, la sucesión o herencia *mortis causa* es una forma derivada de adquirir la propiedad.

Todos estos derechos son considerados derechos humanos y fundamentales, en tanto se encuentran respaldados normativamente por instrumentos legales de carácter interno e internacional, siendo estos últimos vinculantes, en tanto se encuentran suscritos y ratificados por el Perú.

HIPOTESIS ESPECIFICA 02.

“La garantía filiatoria de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento se encuentra desprotegida por las leyes nacionales existentes en la materia, ello en la medida que la

determinación de la filiación de estos niños queda relegada a la entera voluntad de sus padres y/o de un tercero con legítimo interés, en su caso; situación que acarrea su consecuente falta de certeza y seguridad”

Del análisis de la normatividad nacional existente en torno al tratamiento legal que recibe la Filiación Extramatrimonial, se tiene que, las formas existentes para su determinación - reconocimiento y declaración judicial de paternidad extramatrimonial- así como de la legitimación para accionar esta última, no garantizan la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento, *a)* pues al encontrarse “el reconocimiento” del hijo extramatrimonial merced a la voluntad plena del progenitor, su configuración puede ocurrir en cualquier momento y cualquiera sea la edad del hijo, en otras palabras, cuando el progenitor decida pragmatizar su deseo de aceptar y reconocer su calidad de padre respecto de menor no reconocido; y *b)* al depender la acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial (durante la minoridad del hijo extramatrimonial) de la voluntad de la madre o de un tercero que actué en nombre e interés de este (os) niño (s) a efectos de salvaguardar sus derechos. Asimismo, tras someter a la prueba de hipótesis los datos obtenidos del estudio de los expedientes judiciales de filiación extramatrimonial (proceso regulados por ley orientado al establecimiento de la filiación extramatrimonial) seguidos durante los años 2015-2016, se ha logrado constatar de modo objetivo la aseveración planteada en la presente hipótesis.

Para realizar la prueba de hipótesis cuantificamos la “hipótesis específica 2”. como:

Ho = “La garantía filiatoria de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento se encuentra desprotegida por las leyes nacionales existentes en la materia”

Considerando como la edad de nacimiento como los 0 años, procedemos a realizar la prueba de T-Student planteando la ecuación de la hipótesis nula como:

Ho: Edad en la que se garantiza la filiación extramatrimonial de los hijos > 0 años.

Hi: Edad en la que se garantiza la filiación extramatrimonial de los hijos = 0 años.

Nos apoyaremos para este análisis en el uso del Software SPSS realizando la prueba de hipótesis con los datos de edad en la cual se inicia con el proceso de filiación extramatrimonial, de esta manera tenemos:

Porcentaje de intervalo de confianza = 95%

Edad promedio de la filiación extramatrimonial que se desea probar = 0 años

Consideramos también que en 5 casos se realizó el proceso para 2 hijos a la vez, de esta manera para mantener el número de casos analizados como $N = 216$ promediamos la edad de estos para cada caso.

De esta manera se presenta a continuación los resultados de esta prueba en las siguientes tablas:

Cuadro 6

CUADRO DE ESTADÍSTICAS PARA MUESTRA DE PROCESOS EXTRAMATRIMONIALES

Estadísticas de muestra única

	N	Media	Desviación estándar	Media de error estándar
Edad_Hijos	216	6.8056	8.28780	.56391

Ahora calculamos el valor de t para la muestra elegida obteniendo y realizando la prueba de hipótesis con la Hi para una edad media = 0 años:

Cuadro 7

PRUEBA T-STUDENT PARA LA MUESTRA DE PROCESOS EXTRAMATRIMONIALES

Prueba de muestra única

Valor de prueba = 0						
	t	gl	Sig. (bilateral)	Diferencia de medias	95% de intervalo de confianza de la diferencia	
					Inferior	Superior
Edad_Hijos	12.068	215	.000	6.80556	5.6940	7.9171

De acuerdo con la prueba de T-STUDENT ahora tenemos el valor de $t = 12.068$

Ahora realizamos la comparación con la tabla de T-STUDENT

Gráfico 8

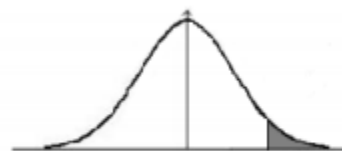
DISTRIBUCIÓN DE T-STUDENT

Distribución t de student

En los renglones se ubican los grados de libertad

En las columnas son las áreas mas usadas.

La tabla soln los valores del eje x (t área)



Grados de libertad	0.25	0.1	0.05	0.025	0.01	0.005
1	1.0000	3.0777	6.3137	12.7062	31.8210	63.6559
2	0.8165	1.8856	2.9200	4.3027	6.9645	9.9250
3	0.7649	1.6377	2.3534	3.1824	4.5407	5.8408
4	0.7407	1.5332	2.1318	2.7765	3.7469	4.6041
98	0.6770	1.2903	1.6606	1.9845	2.3650	2.6269
99	0.6770	1.2902	1.6604	1.9842	2.3646	2.6264
100	0.6770	1.2901	1.6602	1.9840	2.3642	2.6259
∞	0.6745	1.2816	1.6449	1.9600	2.3263	2.5758

Para 215 grados de libertad puesto que se analiza la Edad como independiente para la prueba y una confiabilidad del 95% tenemos un valor de $t_{0.05} = 1.6449$, tenemos así:

$$t_{0.05} > t_{calculada} \text{ (Se acepta } H_i \text{)}$$

$$t_{0.05} < t_{calculada} \text{ (Se rechaza } H_i \text{)}$$

$$t_{0.05}(1.6449) < t_{calculada}(12.068)$$

De esta manera rechazamos la hipótesis alternativa **H_i** y aceptamos la hipótesis nula **H_o**

H_o: Edad en la que se garantiza la filiación extramatrimonial de los hijos ≥ 0 años.

H_o = “La garantía filiatoria de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento se encuentra desprotegida por las leyes nacionales existentes en la materia”.

HIPOTESIS ESPECIFICA 03.

“En la legislación comparada existen ordenamientos que protegen y garantizan la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento, tal es el caso de Costa Rica, Brasil, Venezuela, Panamá, y Nicaragua.

Del estudio de la legislación comparada en torno al establecimiento de la filiación de los hijos extramatrimoniales se puede observar que existe una tendencia normativa actual orientada al establecimiento de la filiación de estos niños “desde su nacimiento”, o en todo caso “dentro de su primer año de vida”; tal es el caso de la legislación de los países de Costa Rica, Brasil, Venezuela, Panamá, y Nicaragua, los cuales recientemente -la mayoría de ellos- introdujeron en sus ordenamientos una nueva vía orientada al establecimiento de la filiación de los hijos extramatrimoniales no reconocidos voluntariamente por sus padres, siendo esta la vía administrativa registral sencilla, sumaria, segura y eficaz mediante el uso de la prueba de ADN. Mostrando con ello una evolución y avance en esta materia (filiación), ello en concordancia con los principios constitucionales consagrados en sus ordenamientos nacionales como lo es la igualdad de los hijos, así como de aquellos otros que se encuentran establecidos en los tratados y convenios internacionales, como el principio del interés superior del niño.

HIPOTESIS ESPECIFICA 04

“La filiación de los hijos extramatrimoniales debe ser garantizada legislativamente desde su nacimiento en aplicación de los principios de Igualdad de Filiación y del Interés

Superior del Niño, los cuales se orientan a la protección de los derechos de los niños y la plena satisfacción de los mismos; debiendo los órganos legislativos sujetar su actuación al estricto al contenido normativo de los mismos en la creación y/o modificación de normas que involucren los derechos de la niñez”

La hipótesis aquí esbozada, plantea el otorgamiento de un “garantía” filiatoria (entendiendo el termino garantía como sinónimo de “asegurar” y no solo de proteger y/o reconocer un derecho) a favor de los hijos extramatrimoniales “desde su nacimiento”, en aplicación de dos grandes principios jurídicos como son: el interés superior del niño y la igualdad o unidad de filiación, cuyo contenido, como se intentó establecer en la presente investigación se contrae a establecer que:

Respecto al principio del Interés superior del niño, no obstante, su indeterminación y complejidad innata, existe un consenso casi unificado a nivel doctrinario y jurisprudencial nacional e internacional que relaciona este concepto con **el bienestar del niño y con la plena satisfacción de sus derechos** en virtud a su reconocida calidad de sujetos de derechos, y beneficiarios de protección especial atendiendo a su condición de personas en formación. Estando comprometidos y obligados todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales a aplicar este principio estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que se pudieran adoptar, teniendo siempre en cuenta el estándar más alto favorable al interés superior de los niños. De esta forma, este principio actúa como Criterio de control en la construcción de normas legales, a su vez que permite un examen de lo ya regulado con el fin de verificar su adecuación con los intereses de los niños y adolescentes. Y respecto al Principio de Igualdad de filiación, este establece que, los derechos subjetivos familiares deben ser iguales para todos los hijos, no siendo posible consecuentemente señalar derechos diferenciados a los hijos cuyos padres poseen estado de familia

de casados de los que no lo poseen. En ese sentido las consideraciones para establecer las consecuencias de la declaración de igualdad entre las filiaciones no son más el vínculo matrimonial o no de los padres, sino cuanto beneficie y permita el ejercicio de derechos fundamentales de ese hijo, ello en la medida que, en virtud de este principio resulta siendo objeto de protección el interés jurídico del hijo.

En ese sentido, teniendo que, el principio del interés del niño se concreta en la plena satisfacción de los derechos de este, y que conforme al principio de unidad de filiación el otorgamiento de derechos subjetivos familiares debe ser iguales para todos los hijos (matrimoniales y extramatrimoniales); al igual que los hijos matrimoniales cuyo derecho filiatorio se encuentra plenamente satisfecho desde su nacimiento, los hijos extramatrimoniales tienen derecho a que su filiación sea establecida desde su nacimiento, y con ello poder hacer efectivos los derechos fundamentales que se encuentran involucrados en su determinación.

Todo lo expresado, nos permite discernir la coherencia y pertinencia de este planteamiento, resultando por consiguiente constatada la Hipótesis Específica N°3

HIPOTESIS GENERAL

“En el Perú, existe la necesidad de una ley que garantice la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento a fin de asegurarles el goce y/o ejercicio de sus derechos de identidad, alimentos y herencia, en aplicación de los principios de igualdad de filiación y del interés superior del niño”.

Habiendo quedado constatadas, en el desarrollo de la presente investigación, todas y cada una de las hipótesis específicas planteadas, resulta indiscutible que la hipótesis general también lo ha sido. Así, en las Hipótesis Específicas N°1 se ha constatado que los derechos del niño involucrados en el establecimiento de su filiación son: el derecho a la identidad, alimentos y herencia. Todos

ellos, considerados derechos humanos y fundamentales en tanto se encuentran respaldados normativamente por instrumentos legales de carácter interno e internacional, siendo estos últimos vinculantes, en tanto se encuentran suscritos y ratificados por el Perú.

En lo que respecta a la hipótesis específica N° 2 se ha comprobado que la “garantía filiatoria” de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento se encuentra desprotegida por las leyes nacionales existentes en la materia, puesto que, si bien estas normas reconocen el derecho del hijo extramatrimonial de reclamar su filiación, los modos existentes para determinarla, se encuentran en dependencia de la voluntad de sus padres quienes podrían o no reconocerlo como hijo (en la determinación por reconocimiento), y/o de un tercero, en su caso, para reclamar en nombre e interés suyo el establecimiento de su filiación (en la determinación mediante declaración judicial de paternidad extramatrimonial), en tanto este no haya cumplido los 18 años de edad. Así también a efectos de validar la presente hipótesis se hizo una revisión casuística de los procesos judiciales de filiación extramatrimonial seguidos en el distrito judicial de Puno- sedes Puno y Juliaca. y en ella se pudo ratificar la inexistencia de garantía filiatoria de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento, conforme a la prueba de hipótesis que fue practicada.

En la Hipótesis Específica N°3 se ha constatado que en la legislación comparada, a diferencia de la nuestra, si se protege y garantiza la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento, tal es el caso de los ordenamientos de Costa Rica, Nicaragua, Venezuela, Honduras, Panamá y Brasil, los cuales han incorporado en sus legislaciones una vía administrativa registral, sencilla, sumaria y eficaz orientada a establecer la filiación de los hijos extramatrimoniales no reconocidos desde su nacimiento.

Asimismo, la Hipótesis Específica N°4, cuyo planteamiento se encuentra en función de las anteriores, quedó plenamente constatada, pues se logró establecer que debe otorgarse una

“garantía” filiatoria a favor de los hijos extramatrimoniales “desde su nacimiento”, en aplicación de principios jurídicos del interés superior del niño y de la igualdad de filiación, siendo que el primero se concreta en la plena satisfacción de los derechos de este, y el segundo en el otorgamiento de derechos subjetivos familiares iguales para todos los hijos (matrimoniales y extramatrimoniales). De este modo al igual que los hijos matrimoniales cuyo derecho filiatorio se encuentra plenamente satisfecho desde su nacimiento junto con aquellos otros (derechos) que emergen del instituto de la filiación, los hijos extramatrimoniales también tienen derecho a que su filiación sea establecida desde su nacimiento, y con ella poder hacer efectivos los derechos fundamentales que se encuentran involucrados en su determinación.

Consecuentemente al no existir en las leyes nacionales una “garantía filiatoria” a favor de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento, más por el contrario al existir un sistema de determinación filiatoria que restringe su establecimiento en razón de la carencia de capacidad del hijo extramatrimonial para ejercitar sus derechos durante su minoridad; teniendo en cuenta además los derechos fundamentales involucrados en la determinación filiatoria, así como los mandatos legales establecidos por los principios del interés superior del niño (plena satisfacción de los derechos del niño) y de igualdad de filiación (iguales derechos para todos los hijos), tenemos que en el Perú, existe la necesidad de una ley que garantice la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento a fin de asegurarles el goce y/o ejercicio de sus derechos de identidad, alimentos y herencia, en aplicación de los principios de igualdad de filiación y del interés superior del niño, quedando de esta forma plenamente constatada la Hipótesis General.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA: Los derechos humanos y fundamentales que se encuentran involucrados en la determinación de la filiación de los hijos extramatrimoniales son: el derecho a la identidad, articulado con el derecho al nombre, a conocer a los padres, a la nacionalidad; el derecho a la asistencia alimenticia, articulado con el derecho a la vida, la integridad física, psicológica, la salud, y educación; y ,por último, el derecho hereditario articulado con el derecho a la propiedad.

SEGUNDA. - El actual tratamiento legal que recibe la Filiación extramatrimonial en el Perú, devela la existencia de una desprotección jurídica filiatoria de los hijos nacidos fuera del matrimonio en torno al “establecimiento de su filiación desde el nacimiento”, pues conforme se tiene de sus formas de determinación - reconocimiento y declaración judicial de paternidad extramatrimonial- , así como de la legitimación para accionar su establecimiento (en ausencia de reconocimiento), la adquisición del estatus fili de hijo de los hijos extramatrimoniales se encuentra merced a la voluntad plena del progenitor (reconocimiento),o de la voluntad de la madre o de un tercero que actué en nombre e interés de estos niños (as) a efectos de salvaguardar sus derechos (declaración judicial de paternidad extramatrimonial). Situación que redundante en un obstáculo al establecimiento de la filiación de estos niños, no obstante encontrarse en juego muchos de sus derechos fundamentales.

TERCERA: La legislación comparada, demuestra una evolución y avance en la protección y garantía de la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento, situación que se traduce en la adquisición y consiguiente ejercicio por parte de los niños no reconocidos, de todos aquellos derechos involucrados en su determinación.

CUARTA.- El Principio del Interés Superior del Niño que impone al legislador la elaboración y aplicación de las normas relacionadas con los niños deban estar dirigidas al pleno, armonioso e

integral desarrollo de su personalidad, el cual debe ser entendido como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores de edad teniendo en consideración sus especiales características como son su debilidad, inmadurez o inexperiencia; y el Principio de Igualdad de Filiación consagrado en el art.6° de nuestra carta magna, el cual se traduce en una obligación para al estado orientado a proporcionar los medios necesarios para lograr la igualdad real entre los hijos, a fin de que cuenten con las mismas oportunidades de ejercicio de sus derechos, y con esto obtengan los mismos resultados; son principios jurídicos enarbolados en nuestra legislación nacional, y por ende, son de plena aplicación en materia filiatoria dada la trascendencia del establecimiento del vínculo jurídico de la filiación en razón de los efectos que van aparejados a ella que redundan, entre otros, tratándose de los hijos, en la adquisición de una serie de derechos fundamentales oponibles a sus progenitores.

QUINTA. - Los hijos extramatrimoniales, durante su minoridad se encuentran en una situación de desamparo legal en torno al establecimiento de su filiación, no obstante encontrarse en juego en la determinación de este vínculo jurídico una serie de derechos fundamentales del menor; y ello es así, pese a que en nuestro ordenamiento nacional se encuentran consagrados y son de plena aplicación en materia filiatoria el *Principio del Interés Superior del Niño*, y el *Principio de Igualdad de Filiación*. En ese contexto, resulta innegable la necesidad de una ley en nuestro país que garantice la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su primer año de vida a fin de asegurarles el goce y ejercicio de sus derechos de identidad, alimentos y herencia, todos ellos derechos inherentes a su condición de ser humano y de sujetos de derechos, y de esa manera dotar de contenido real a ambos principios jurídicos consagrados en nuestro ordenamiento nacional, ello en la medida que el problema de la existencia de miles de niños/as carentes de filiación trasciende más allá del ámbito estrictamente familiar y privado por cuanto su ejercicio afecta e involucra el

cumplimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia, y que como tal constituye un asunto de interés público.

VI. RECOMENDACIONES

PRIMERO. - Se recomienda al legislador, tomar en cuenta los principios de Unidad de Filiación y del Interés Superior del Niño, en la creación, modificación y/o derogación de normas vinculadas directa o indirectamente con la regulación de esta materia -filiación-, y con aquellas otras que tengan que ver con el goce y ejercicio de los derechos fundamentales de los niños y niñas.

SEGUNDO. - Se propone la creación de una ley que habilite una tercera vía para la determinación de la filiación de los hijos extramatrimoniales, esto es, a través de un proceso administrativo ágil y eficiente, para tal efecto, se anexa el proyecto de ley.

TERCERO.- Se recomienda que el Estado la formulación y ejecución de políticas públicas y campañas relativas a la paternidad responsable, políticas que deberán ser debidamente monitoreadas y evaluadas, tendientes a promover el derecho de filiación de los niños niñas y adolescentes y la corresponsabilidad de hombres y mujeres en la crianza y educación de los hijos y las hijas , fomentando la perspectiva de familia, por lo cual deberán incluir estas acciones en los presupuestos planes y programas , conforme a la política de protección integral de los derechos de las mujeres, niños, niñas y adolescentes.

CUARTO. - Se recomienda a las ONGs, y demás instituciones del sector privado, cuya labor se orienta a la promoción y protección de los derechos de las personas, a tomar un papel activo en la solución de la problemática abordada en la presente tesis, mediante el desenvolvimiento de esfuerzos encaminados a promover la filiación de los niños y niñas extramatrimoniales, y con ello asegurarles el ejercicio de sus derechos fundamentales de identidad, alimentos, herencia, etc.

VII. REFERENCIAS

BIBLIOGRAFIA

- Aguilar, Ll. (2010). *“Interés Superior del Niño: Criterio predominante y prioritario orientado a resolver conflictos de derecho”*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Albaladejo, M. (2002). *Derecho Civil I, Introducción y parte general*”, Barcelona. Bosch.
- Alston, P. & Gilmour, W. (1996) *“The Best Interests of the Child”*. Innocenti Studies. UNICEF, *International Child Development Centre*”.
- Ayvar, C. (2010). *El proceso de filiación extramatrimonial y las medidas autosatisfactivas*, Actualidad Jurídica, 194. Lima. Gaceta Jurídica.
- Azpiri, J.O (2000). *Derecho de Familia*. Córdoba: Hammurabi.
- Baquíero, R. & Buenrostro, B. (2002). *Derecho de Familia y Sucesiones*. México: Oxford.
- Belluscio A. (2004) *Manual de Derecho de Familia*. Buenos aires: Astrea.
- Borda, G. (1993), *Tratado de Derecho Civil. Familia*, Buenos Aires: Perrot
- Cabanellas, G. (1981). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliesta.
- Caballero, P. (2011) *¿Se protege y garantiza efectivamente el derecho a la identidad y demás conexos de los menores no reconocidos?*, Actualidad Jurídica.212. Lima. Gaceta Jurídica.
- Campana, M. (2003). *Derecho y Obligación Alimentaria*. Lima: Jurista.
- Castañeda, J. (1975). *Derechos de Sucesión*. Lima. Palestra
- Castro P. (2005), *La Constitución Comentada*. Lima. Gaceta Jurídica.
- Cea. J. (2008), *Derecho Constitucional chileno*. Santiago de Chile: UC
- Cicu, A. (1964). *Derecho de Sucesiones, Parte General*. Barcelona: Bosh.
- Cornejo, C. (1999). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Cornejo, C. (1982). *Derecho Familiar Peruano. Sociedad Paterno - Filial. (4° ed)*. Lima: Lima Editores,
- Corral, T. (2005). *Derecho y derechos de la familia*, Lima: Grijley.
- Cousó, J. (1997). “*El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído*”. Buenos Aires. UNICEF
- DANÓS, O. (2004). *El proceso de elaboración y aprobación de la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, en: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Ara.
- De Cupis. A. (1959) “*I Diritti della personalita*”. Madrid: Giuffre.
- De Ruggiero, R. (1931). *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid. Reus.
- Diez-picazo, L. & Gullon, A. (1983). *Sistema de Derecho Civil*.. Madrid: Tecnos.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. (1986). Buenos Aires: Driskill.
- Fama, M. (2009) *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot
- Fernandez, S. (1992). *Derecho a la Identidad Personal*. Buenos Aires: Astrea.
- Fernandez, S. (2012). *Derecho de las Personas*. Lima: Motivensa Jurídica
- Gutierrez, C. (2007). *Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*. Lima: Gaceta Jurídica,
- Gutierrez, C. (2009). *Filiación extramatrimonial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gil. D. Fama M. & Herrera M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia*. Buenos Aires: Ediar.
- Gonzáles, P. (2013). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson.

- González, C. (2008). *Revista Jurídica del Perú: derecho privado y público – Nro. 93: Cuando mi madre es un número. Identidad genética e interés superior del niño*. Lima. Normas Legales S.A.
- González, A. (2009) *Ficción e Identidad: Ensayos de cultura postmoderna*. Madrid: Rialp.
- INEI (2012) *Análisis de las Principales Variables Sociodemográficas de los Nacimientos*,
- Juárez M & Torres C. (2010). *Revista Jurídica del Perú: derecho privado y público*. Lima.
- Lanatta, R. (1981). *Derecho de Sucesiones*. Lima: Desarrollo.
- Landa, A (2011) *Derecho a la identidad del menor prevalece sobre la cosa juzgada en el proceso de filiación”, Diálogo con la jurisprudencia*.
- Lathrop, F. (2004). “*El derecho del niño a ser oído*” en *Urrejola B*. Santiago: LexisNexis.
- Lohmann, G. (1988) *Derecho de Sucesiones*, en “*Para Leer el Código Civil*”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.
- Magaldi, N. (2004). *Derecho a saber, Filiación Biológica y Administración Pública*. Madrid: Marcial Pons.
- Malqui, R. & Momethiano, Z. (2001). *Derecho de Familia*. Lima: Grigley.
- Mendez, C. & D´Antonio, D. (2001).: *Derecho de familia*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Méndez, C. (1986). *La Filiación*. Santa Fe: RubinzalCulzoni.
- Messineo, F. (1954). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ejea.
- Monge, T. (2003). *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica
- Morán de Vicenzi, C. (2004). *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Lima: ARA.
- Organización de las Naciones Unidas, Observación general N° 14 (29 de mayo de 2013) “*Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*”,
- Peralta, A. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Moreno S.A.

- Plácido, V. y Ariano D. (2015). *Actualidad Civil – Nro. 9: La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial*. Lima: Instituto Pacífico.
- Placido. V. (2003), *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*, Lima: Gaceta Jurídica.
- Placido, V. (2002). *El petitum y la causa petendi en la reclamación de paternidad extramatrimonial*, Lima: Gaceta Jurídica.
- Puig, P. (1971). *Tratado de derecho civil español, Tomo II Derecho de familia, Volumen 2. Paternidad y Filiación*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado
- Quequejana, M. & Ariano D.E. (2015). *Actualidad Civil – Nro. 8: Las bases del derecho a la identidad personal como derecho fundamental del ser humano*. Lima: Instituto Pacífico.
- Rubio, C. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima. Fondo.
- Roca, E. (1999). “*Familia y cambio social (De la casa a la persona)*”. Madrid, Civitas Ediciones.
- Savatier, R. (1967), *Informe sobre las Primeras Jornadas de Estudios Jean Dabin sobre la familia ilegítima en un proceso de humanización del derecho frente al hecho social del abandono o exposición*”, Madrid.
- Siverino, B. (2010). *Los derechos fundamentales: Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Sambrizzi, E. (2001). *Daños en el derecho de familia.*, Buenos Aires: La Ley.
- Toledo, P. (2005). *Derechos Humanos y Tuición, Anuario de Derechos Humanos*.
- Vargas M. (2011) “El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est”.
- Varsi, R. (2013) *Tratado de Derecho de Familia -Derecho de la Filiación*. Lima. Gaceta Juridica.

Varsi, R. (2003). *El proceso de filiación extramatrimonial*, Lima: Gaceta Jurídica.

Varsi, R. & Siverino B. (2003). *Determinación de la paternidad matrimonial, en: Código Civil Comentado, tomo II, derecho de familia*, Lima: Gaceta Jurídica.

Varsi, R. (2006). *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial: en razón de la ley 28457 y la acción intimatoria de paternidad - procreación asistida y socioafectividad*. Lima: Gaceta Jurídica.

Verdera, S. (1993). *Determinación y Acreditación de la Filiación*, Barcelona: J.M. Bosch

Verhellen, E. (2002). “*La Convención sobre los Derechos del Niño: Trasfondo, motivos, estrategias, temas principales*”. Bélgica: Garant.

Zannoni, E. (1998). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.

Zannoni, E. (2000). *Adopción plena y derecho a la identidad personal, en: Kemelmajer de Carlucci, Aída. El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

WEBGRAFIA.

Cillero B. *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los Derechos del Niño*”. Instituto Interamericano del Niño, la Nina y el Adolescente de la OEA. Recuperado de: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf

Child Welfare Information Gateway. (2016) “*Determining the best interests of the Child: Summary of State Laws*”. U.S. Department of Health and Human Services. Recuperado de: www.childwelfare.gov

Delpiano L. “*Derechos e Interés Superior del Niño en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”. Recuperado de: <http://lasil-sladi.org/files/live/sites/lasil-sladi/files/shared/Working%20Papers/Working%20Paper%208%20Delpiano%20Lira.pdf>

Escobar, R. *El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura*. Recuperado de:

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:V_XRprfAQHwJ:revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15781/16214+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=pe

González, C. (2011). *Derechos Humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, 1ª Edición. México. Universidad Autónoma de México. Recuperado de:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3041/1.pdf>

INEI (2016). *Perú: Natalidad, Mortalidad y Nupcialidad*. Recuperado de:

http://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1407/libro.pdf

Logan, E. (2008). *The Child's best interest: a generally applicable principle*. Recuperado de:

https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1341155_00693

Melendez G. (2013). *Reconocimiento al Derecho de Identidad*. Recuperado de:

<http://www.monografias.com/trabajos97/reconocimiento-al-derecho-identidad/reconocimiento-al-derecho-identidad.shtml>

Mendoza, V.(2015). *Apreciaciones sobre el Reconocimiento en la Filiación Extramatrimonial*.

Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/270898473/La-Filiacion>.

Nina, C. (2011). *El Derecho de Filiación en el Sistema Legal Peruano*. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Tacna*. Recuperado de:

<http://www.upt.edu.pe/upt/sgc/assets/ckeditor/kcfinder/upload/files/FADE/DERECHO%20REVISTA-5.pdf>

Organización de las Naciones Unidas, Observación general N° 14 (2013) "*Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*", Comité de los Derechos del

Niño. Recuperado de:

<http://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3990&tipo=documento>

Placido, V. (2008). *La Evidencia Biológica y la Presunción de Paternidad Matrimonial. El Reconocimiento Extramatrimonial del hijo de mujer casada*. Recuperado de:

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/09/26/la-evidencia-biologica-y-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-1/>

Placido, V. (2003). *El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor en la investigación de la filiación*. Recuperado de:

http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art44.PDF

PODER JUDICIAL- Portal institucional. Recuperado de:

http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/VerTipoArchivoAction.do?methodToCall=ver&ID_PROD=338&FE_PROD=20120829&DE_RUTA=/opt/repositorio/ext/imgs/0001/0001/&TI_INGRESO=2

Quesada, G. (1985). *La prueba del ADN en los procesos de filiación*. Recuperado de:

https://boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2005-20049300594 ANUARIO DE DERECHO CIVIL *La prueba del ADN en los procesos de filiación*

Ramirez, S. (2002) *El principio del interés superior del menor como eje interpretativo en la justicia civil: "el cambio de nombre no está sujeto al interés de los padres*. Recuperado de:

<http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/El%20cambio%20de%20nombre%20no%20esta%20sujeto%20al%20interes%20de%20los%20padres%20-%20Felix%20Ramirez%20Sanchez.pdf>

- Simon, F. (2010). *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. UNICEF. Recuperado de: <https://www.unicef.org/ecuador/Derechos-garantias-ninez.pdf>
- Toledo, P. (2005). *Derechos Humanos y Tuición, Anuario de Derechos Humanos*. Recuperado de: <http://www.anuariodh.uchile.cl/anuario1/14derechos-humanos-tuicion.pdf>
- Un High Commissioner For Refugees - UNHCR (2008). *Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*. Recuperado de: <http://www.refworld.org/docid/48480c342.html>
- Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM (2016) *La investigación de la paternidad en el derecho catalán y español*. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/31/dtr/dtr1.pdf>.
- Watson, J. & Berry, A. (2003) *DNA: the secret of life, New York*. Recuperado de: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC198536/>
- Zermatten, J. (2010) “*The best interests of the child: literal analysis, function and implementation*”. *Working Report. Institut International Des Droits de l'enfant*. Recuperado de: http://korczaq.fr/m5prod/colloques_afjk/palais-bourbon_20nov2010/doc_interet-superieur-de-l-enfant/zermatten-jean_art3-the-best-interests-of-child_46p_en.pdf

ANEXOS

ANEXO A
MATRIZ DE CONSISTENCIA

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	VARIABLES	UNIVERSO DE ESTUDIO Y MUESTRA	METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN
<p>ENUNCIADO GENERAL DEL PROBLEMA:</p> <p>En el Perú, existe la necesidad de una ley que garantice la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento?</p> <p>PREGUNTAS ESPECÍFICAS:</p> <p>1) ¿Qué derechos del niño se encuentran involucrados en el establecimiento de su filiación?</p> <p>2) ¿Las leyes nacionales en materia filiatoria, garantizan la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento?</p> <p>3) ¿En la legislación comparada se protege y garantiza la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento?</p> <p>4) ¿Por qué la filiación de los hijos extramatrimoniales debería ser garantizada legislativamente desde su nacimiento?</p>	<p>OBJETIVOS GENERALES</p> <p>Determinar si en el Perú, existe la necesidad de una ley que garantice la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS.</p> <p>a) Estudiar los derechos del niño que se encuentran involucrados en el establecimiento de su filiación.</p> <p>b) Determinar si las leyes nacionales existentes en materia filiatoria, garantizan la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento.</p> <p>c) Determinar si en la legislación comparada se protege y garantiza la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento.</p> <p>d) Establecer porque la filiación de los hijos extramatrimoniales debería ser garantizada legislativamente desde su nacimiento.</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL</p> <p>En el Perú, existe la necesidad de una ley que garantice la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento a fin de asegurarles el goce y ejercicio de sus derechos de identidad, alimentos y herencia en aplicación del principio del interés superior del niño y del principio de unidad de filiación.</p> <p>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.</p> <p>a) Los derechos del niño involucrados en el establecimiento de su filiación son el derecho de identidad, de alimentos y de herencia, todos ellos considerados derechos humanos y fundamentales debido a su reconocimiento legal a nivel nacional e internacional – Convenciones y Tratados de DD.HH.</p> <p>b) La garantía filiatoria de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento se encuentra desprotegida por las leyes nacionales existentes en la materia, ello en la medida que, la determinación de la filiación de estos niños queda relegada a la entera voluntad de sus padres y/o de un tercero con legítimo interés, en su caso; situación que acarrea su consecuente falta de certeza y seguridad.</p> <p>c) En la legislación comparada existen ordenamientos que protegen y garantizan la filiación de los hijos extramatrimoniales desde su nacimiento, tales como el caso de Costa Rica, Brasil, Venezuela, Panamá, Guatemala, y Honduras.</p> <p>d) La filiación de los hijos extramatrimoniales debe ser garantizada legislativamente desde su nacimiento en aplicación de los principios de unidad de filiación y del interés superior del niño, los cuales se orientan a la protección de los derechos de los niños y la plena satisfacción de los mismos; debiendo los órganos legislativos sujetar su actuación al estricto al contenido normativo de los mismos en la creación y/o modificación de normas que involucren los derechos de la niñez.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE</p> <p>Filiación Extramatrimonial</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE:</p> <p>Principios del Derecho Filiatorio</p>	<p>Población de estudio.</p> <p>492 expedientes sobre procesos de filiación extramatrimonial seguidos en el distrito judicial de puno – sedes puno y Juliaca- durante los años 2015-2018</p> <p>Muestra.</p> <p>216 expedientes sobre procesos de filiación extramatrimonial seguidos en el distrito judicial de puno – sedes puno y Juliaca- durante los años 2015-2018</p>	<p>Tipo de investigación.</p> <p>Descriptivo-explicativo</p> <p>Enfoque.</p> <p>Cualitativo-cuantitativo o mixto.</p> <p>Diseño de Investigación</p> <p>No experimental</p>	<p>Técnica:</p> <p>-Análisis documental.</p> <p>-Observación</p> <p>Instrumento:</p> <p>-Ficha documental.</p> <p>- Ficha de observación.</p>

ANEXO B

FICHA DOCUMENTAL

TITULO DEL DOCUMENTO:	
AUTOR:	
AÑO	
TEMA:	
CATEGORIA:	
CONTENIDO:	
Observaciones:	
	Pagina:

ANEXO C

FICHA DE OBSERVACION DE EXPEDIENTES JUDICIALES

A. DATOS GENERALES

Distrito Judicial : Puno.

Sede Judicial :

Análisis de Caso N°:

Observador : Katerin Ramos Quenaya.

B. DATOS ESPECIFICOS:

N° de expediente	
Órgano Jurisdiccional	
Juez	
Materia	
Demandante.	
Demandado.	
N° de hijos.	

C. DIMENSIONES DE OBSERVACION.

- DEL SUJETO QUE INSTAURA EL PROCESO:

Proceso de filiación extramatrimonial instaurado en representación del menor no reconocido (durante la minoridad de este) por:	
La madre.	
Tercero con legitimo interés.	

-DE LA EDAD DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL:

Edad del hijo extramatrimonial al momento de la interposición de la demanda de Declaración Judicial de Paternidad Extramatrimonial.	
De 0-1 año	

De 2-5 años	
De 6-12 años	
De 13-17 años	
De 18 años en adelante.	

-DEL ARCHIVAMIENTO DEL PROCESO.

Proceso archivado sin pronunciamiento sobre el fondo por:	
Inadmisibilidad de la demanda.	
Improcedencia de la demanda.	
Por desistimiento del proceso.	
Ninguna de las anteriores.	

-DE LA CONCLUSION DEL PROCESO POR RECONOCIMIENTO.

Conclusión del proceso por Sustracción de la materia y/o conciliación al haberse reconocido al hijo extramatrimonial durante la tramitación del mismo.	
SI	
NO	

-DE LA OPOSICION

Pronunciamiento Judicial respecto de la OPOSICION formulada por la parte demandada contra la Declaratoria Judicial de Paternidad Extramatrimonial.	
OPOSICIÓN INADMISIBLE Y/O RECHAZADA (por no reunir los presupuestos de forma exigidos por ley)	
OPOSICION IMPROCEDENTE (por falta de sometimiento a la prueba de ADN.)	
OPOSICION FUNDADA (por resultado negativo de la prueba de ADN).	

OPOSICION INFUNDADA (por resultado positivo de la prueba de ADN).	
NO FORMULA OPOSICION	

- **DE LA APELACION.**

Interposición de recurso de APELACIÓN por la parte demandada contra la declaratoria Judicial de Paternidad Extramatrimonial	
SI	
NO	

ANEXO D

PROYECTO DE LEY

1. EXPOSICION DE MOTIVOS

La presente iniciativa de ley nace de la preocupación acerca de una cuestión social que afecta a un grupo altamente vulnerable en el Perú: los niños, niñas y adolescentes cuya “Filiación” paterna no ha sido determinada producto de la falta de reconocimiento extendida a favor suyo por parte del progenitor. Siendo que lo más alarmante de este escenario, que de por si es lamentable, es el desenlace funesto que se encuentra arraigado al mismo, encarnado en la privación del goce y ejercicio de una serie de derechos fundamentales que emergen de esta institución en beneficio suyo, como son: el derecho a la identidad articulado con el derecho al nombre y a conocer a los padres, el derecho a la asistencia alimentaria, y el derecho a la sucesión legítima. Todos ellos derechos reconocidos y consagrados normativamente por instrumentos legales de carácter nacional e internacional.

El hecho es que, este desafortunado escenario, no es compartido de modo general por todos los niños y niñas que nacen al interior de nuestro país, toda vez que, la afectación de un niño por este problema depende de la existencia o no de un vínculo matrimonial entre las personas que la procrearon. Así, los niños cuyos padres no se encuentren unidos en matrimonio se verán directamente afectados por este problema de no ser reconocidos voluntariamente por ellos. Mas no así los niños cuyos padres se encuentran unidos por el matrimonio, donde la atribución de los efectos legales emergentes de la filiación les serán automáticos desde el nacimiento, a diferencia de los primeros. Y ello es así, no obstante, a que, en nuestra legislación nacional, en la Constitución de 1979 mediante el Art. 6° ya se había reconocido el principio de unidad de filiación al establecer que todos los hijos, cualquiera que sea su filiación, tienen iguales derechos, reconocimiento que fue reiterado por el Art. 6° de la Constitución vigente, de 1993, y repetida por el Art. 235°, in fine,

del Código Civil de 1984. En ese contexto, y siendo que, a todas luces la proclamación de este postulado constitucional no se condice con la realidad que viven ambas clases de hijos, se hace necesario su compulse empírico inmediato en aras de garantizar el ejercicio igualitario de derechos entre todos ellos.

Añadido a lo anterior debemos señalar que, a partir de la reforma constitucional de 1993, en materia de Derechos Humanos, las autoridades que representan al Estado Peruano están obligadas a establecer los mecanismos que sean necesarios para garantizar a la población, el goce y ejercicio de estos derechos que les son reconocidos a la luz de los instrumentos internacionales firmados y ratificados por Perú.

Así también, es a raíz de la citada reforma, que nuestro Estado ha adoptado un control de convencionalidad donde el interés superior del niño debe prevalecer en todas las acciones de gobierno; es decir, debe ser prioridad para los tres órdenes de gobierno diseñar medidas que tengan como finalidad, la protección de los menores, de tal manera que puedan estar en aptitud de ejercer los derechos que, como sector vulnerable de la población, le son reconocidos en la Constitución y los tratados y convenciones internacionales en la materia.

Bajo esta premisa quiero mencionar, que la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 7. párrafos 1. y 2. establece que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

En tanto que en su artículo 8 párrafos 1. y 2. establece, que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Y 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.

Asimismo, en el art. 27. Numerales 1 y 2 se establece que: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

A este respecto, el principio 2 de este mismo instrumento internacional establece “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

El principio anterior se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone: “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”.

A lo anterior es preciso agregar la puntual observancia de obligaciones establecidas en el artículo 4° de la convención, que señala: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.

En este contexto jurídico, tengo a bien presentar esta iniciativa, que como fue señalado, nace de la necesidad de regular una situación que atenta contra el bienestar integral de los niños niñas

y adolescentes, como la falta de determinación de su filiación como consecuencia de la creciente resistencia de los hombres a aceptar su responsabilidad como padres y de cumplir con los deberes propios de su calidad de tal, por lo que es importante poner nuestra atención en la creación de normas y mecanismos que busquen proteger los derechos humanos de los menores por medio de leyes que reconozcan a las niñas y niños como seres humanos, con los derechos inherentes a esta condición y que además garanticen el ejercicio de sus derechos.

La Ley que se propone, busca introducir un procedimiento administrativo ante el Registro Civil para la determinación de la filiación paterna del niño (a) desde su primer año de vida, procedimiento que de manera resumida consiste en lo siguiente: cuando la madre acuda a realizar la inscripción del menor ante el Registro Civil, deberá indicar el nombre y apellido del padre, así como su domicilio y cualquier otro dato que contribuya a su identificación. Al padre se le citará mediante notificación, para que se manifieste, al respecto, dentro de los quince días siguientes a esa actuación. En caso de que se apersona al trámite, manifestando que no acepta la paternidad, se le dará una sola cita para acudir a realizarse un estudio comparativo de marcadores genéticos. La negativa de llevar a cabo la prueba genética implica la presunción de paternidad y dará base para que así se inscriba, surtiendo todos sus efectos filiatorios, esto es, imponiéndole las obligaciones propias de la paternidad. Igual efecto tendrá si el resultado de esa prueba, conocida como ADN, es positivo. La tramitación es gratuita, como lo es en lo judicial.

2. COSTO - BENEFICIO

La aprobación y promulgación de la presente iniciativa legislativa, no generara gastos adicionales al Estado Peruano, dado que únicamente se propone la incorporación de una norma que habilite un procedimiento administrativo ante el Registro de personas para el establecimiento de la filiación paterna del menor no requiriendo de la implementación de logística adicional al

existente en el RENIEC, estando sus beneficios dirigidos al respeto irrestricto de los principios de igualdad de filiación y del interés superior del niño que garantiza la Convención sobre los derechos del niño.

3. FORMULA LEGAL. -

LEY QUE REGULA EL PROCESO ADMINISTRATIVO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN PATERNA DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

CAPITULO I DIPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°.- Ámbito de aplicación. -

La presente Ley es de orden público, de interés social y de obligatorio cumplimiento en todo el Estado Peruano.

Artículo 2°.- Objeto de la Ley.

La presente Ley tiene por objeto regular el derecho de las hijas e hijos a la determinación de su filiación paterna, materna o ambas desde su primer año de vida, y con ella garantizar el acceso y ejercicio de su derecho a la identidad articulado con el derecho al nombre y a conocer a los padres, el derecho a la asistencia alimentaria, y el derecho a la sucesión legítima. Con base a los principios de unidad de filiación y del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, los cuales se encuentran reconocidos por la constitución política del estado, el código de niños y adolescentes, y por instrumentos internacionales en la materia suscritos por el Perú.

Artículo 3°.- Promoción de la responsabilidad paterna y materna.

Es deber de los padres, y en su caso, de quienes ejerzan la tutela o patria potestad de un menor, garantizar las condiciones necesarias para que estos vivan y crezcan en forma saludable, con un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, afectivo, moral y social, procurando la

permanencia del menor en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y las instituciones, siendo también responsabilidad de estos, proteger a los menores contra cualquier forma de maltrato, daño, perjuicio, agresión, abuso o explotación que vulnere o menoscabe su dignidad e integridad.

Es obligación del estado en todos sus niveles, promover la responsabilidad paterna y materna al interior de todo el país.

CAPITULO II

DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 4° . - De la Inscripción de Nacimiento.

Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a un nombre propio y sus apellidos, los Poderes del Estado, y los Gobiernos Regionales y Municipales, promoverán su inscripción en el Registro del Estado Civil de las Personas y deberán garantizar la inscripción gratuita e inmediata a su nacimiento.

CAPÍTULO III

DEL DERECHO A CONOCER A LOS PADRES

Artículo 5° . - Declaración de Filiación.

Cuando la madre y el padre del niño o niña no estén unidos por vínculo matrimonial, y la madre acuda a realizar la inscripción del menor ante el Registro Civil, deberá indicar el nombre y apellido del padre, así como su domicilio y cualquier otro dato que contribuya a la identificación del mismo. El funcionario deberá informar a la madre que, en caso de declaración dolosa sobre la identidad del presunto padre, incurrirá en uno de los delitos contra la fe pública previsto en el Código Penal.

En los casos en que el embarazo haya sido producto de violación o incesto, debidamente denunciado ante la autoridad competente, la madre podrá negarse a identificar al progenitor, quedando inscrito el niño o niña ante el Registro Civil con los apellidos de la madre.

CAPITULO IV

DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 6° . - Inscripción.

Cuando la madre declare la identidad del presunto padre, se iniciará el procedimiento administrativo de declaración de paternidad y el funcionario o funcionaria del Registro del Estado Civil de las Personas procederá a inscribir al hijo o hija con el apellido del presunto padre y el apellido de la madre provisionalmente.

El procedimiento a que se refiere el presente artículo sólo podrá ser instaurado durante el primer año transcurrido desde el nacimiento del hijo o hija.

Artículo 7° . - De la calidad del registrador o registradora

Para ocupar el cargo de registrador o registradora del Registro del Estado Civil de las Personas es requisito estar autorizado por la Corte Suprema de Justicia para ejercer la abogacía y el notariado

Artículo 8° . - Notificación.

El Registrador o Registradora del Estado Civil que corresponda, citará mediante notificación al presunto padre para que dentro del término de 10 días comparezca a expresar lo que tenga a bien sobre la respectiva inscripción de paternidad a la que se ha hecho referencia, bajo el apercibimiento que de no hacerlo se procederá a reconfirmar la inscripción del hijo o hija con el apellido de ambos padres, desencadenando desde ese momento todos sus efectos filiatorios.

La notificación a que se refiere el presente artículo, se deberá realizar por conducto del servidor adscrito al registro civil correspondiente, que para tal efecto se habilite, debiendo estar previamente capacitado.

Las notificaciones se deberán de llevar acabo de acuerdo a lo establecido en el Código de Procesal Civil del Perú, con los requisitos que se establecen para los emplazamientos y notificaciones.

Si el presunto padre radica fuera del Perú, el procedimiento administrativo comprendido en esta Ley no resultará aplicable, sin perjuicio de la orientación que se le deberá brindar la parte

interesada sobre la posibilidad de acudir al procedimiento judicial. En ese caso el menor quedará inscrito bajo los apellidos de su madre.

Artículo 9°. - Impugnación de la Paternidad.

El interesado debidamente notificado a quien se le haya aplicado la declaratoria administrativa de paternidad por la no comparecencia ante el Registro Civil, tendrá un plazo de 30 días hábiles para presentar ante el Juzgado de Familia, demanda de impugnación de la paternidad declarada administrativamente. El trámite de impugnación no suspenderá la inscripción del niño o niña con el apellido del padre y la madre.

Artículo 10°. Reconocimiento voluntario

Si la persona señalada como padre comparece ante el Registro Civil y acepta la paternidad se considerará como un reconocimiento voluntario con todos sus efectos legales, dejando constancia del reconocimiento en el Libro de Actas de Nacimiento respectivo.

**CAPITULO V
DE LAS PRUEBAS GENETICAS**

Artículo 11°. - Negación de la Paternidad.

De presentarse el presunto padre a la cita hecha por el Registrador negando la paternidad, el Registrador dará cita al presunto padre, a la madre y al hijo o hija para que se practiquen la prueba de ADN en el laboratorio señalado y debidamente certificado para tal efecto; mediante este estudio quedara definido si la filiación señalada es cierta.

De ser positiva la prueba de ADN, se reconfirma la inscripción del niño o niña con el apellido del padre y la madre desencadenando desde ese momento todos sus efectos filiatorios; correspondiendo al padre en este supuesto cubrir el costo de la prueba.

De ser negativa la prueba de ADN se inscribirá al menor sólo con el apellido de la madre, y deberá ser ella quien asuma el costo de la prueba.

CAPITULO VI

DECLARACION ADMINISTRATIVA

Artículo 12° . - Negativa a Practicarse la Prueba de ADN.

Si el presunto padre no se presenta en la fecha señalada para practicarse la prueba genética y no justifica debidamente su inasistencia o si al presentarse se niega a practicarse dicha prueba el Registrador procederá a aplicar la presunción de la paternidad y reconfirmará al hijo o hija con los apellidos de ambos progenitores, quedando firme dicha declaración administrativa otorgándoles las obligaciones legales propias de la paternidad.

Cuando sea el solicitante el que no se presente a practicarse la prueba de ADN, se le citará nuevamente para que se presente, si no lo hace se archivará el caso y no se le dará continuidad en la vía administrativa. En tal caso, quedan las partes en libertad de ejercer el derecho de acudir ante los Juzgados de Familia.

Artículo 13° . - Disconformidad con los resultados de la prueba.

En caso de disconformidad con los resultados de la prueba de filiación biológica, la madre o la persona señalada como padre podrán acudir ante el órgano jurisdiccional correspondiente, dentro del plazo de 15 días hábiles contados desde la declaración administrativa de paternidad

Artículo 14° . - De la Inimpugnabilidad de la declaración.

Reconfirmada la inscripción del hijo o hija con el apellido de ambos padres, desencadenando desde ese momento todos sus efectos filiatorios con base a la Declaración Administrativa que determine presuntivamente la paternidad, no cabrá recurso alguno.

De la misma forma, contra la Declaración Administrativa que declara la paternidad basada en la prueba de ADN, no procederá recurso alguno.

CAPITULO VII

DERECHO A LA PATERNIDAD Y LA INVESTIGACIÓN DE LA MATERNIDAD.

Artículo 15°.- Derecho a la Paternidad.

Se concederá el mismo derecho de declaración administrativa de filiación, al padre que quisiera reconocer voluntariamente a su hijo o hija y la madre se negare a ello, siempre y cuando se demuestre a través de la prueba de ADN, que realmente es el padre biológico. Se excluye el reconocimiento voluntario del padre en los casos de violación.

También se procederá a la inscripción ante el Registrador o Registradora Civil, cuando el niño o niña esté inscrito solamente con el apellido de la madre y el padre se presente voluntariamente junto con la madre, a reconocer a su hijo o hija en el Registro del Estado Civil, independientemente de que haya vencido el plazo establecido por la ley para dar conocimiento del nacimiento al funcionario o funcionaria del Registro Civil, esta inscripción será gratuita.

Artículo 16°.- Investigación de la Maternidad.

Cuando existan dudas sobre la maternidad biológica, esta podrá investigarse administrativamente, de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos anteriores para la fijación de la paternidad. Pudiendo solicitar investigación de la maternidad el padre o cualquier parte interesada, para lo cual la madre, el padre y los hijos e hijas deberán someterse a las pruebas de ADN y en caso de que la madre se niegue a ello, se aplicará el artículo 11° de la presente Ley.

CAPITULO VIII

DECLARACIÓN POR PARTES INTERESADAS.

Artículo 17°.- Declaración en caso de impedimento, ausencia o muerte de la madre o del padre

En caso de impedimento, ausencia o muerte de la madre o del padre, los familiares que ejerzan la tutela del niño o niña, las personas interesadas y el Estado, a través del Ministerio de la Familia que tengan conocimiento sobre el presunto padre o madre de la niña o niño, estarán facultados para iniciar el procedimiento de reconocimiento administrativo, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley y su Reglamento.

CAPITULO IX

DE LAS POLÍTICAS PUBLICAS Y EL PRESUPUESTO

Artículo 18°.- El poder ejecutivo a través de sus entes descentralizados , en su respectiva esfera de competencias, deberán formular y ejecutar políticas publicas y campañas relativas a la paternidad responsable que promuevan el derecho de filiación de los niños niñas y adolescentes y la corresponsabilidad de hombres y mujeres en la crianza y educación de los hijos y las hijas , fomentando la perspectiva de familia , por lo cual deberán incluir estas acciones en los presupuestos planes y programas , conforme a la política de protección integral de los derechos de las mujeres, niños, niñas y adolescentes.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES

PRIMERA. - Vigencia.

la presente ley entrara en vigor al día siguiente de su publicación en el diario oficial del “El Peruano”

SEGUNDA. - Termino.

A partir de la entrada en vigencia de esta Ley, se establece el término de tres años para instaurar un proceso de declaración administrativa de paternidad, a favor de los menores de edad nacidos antes de dicha vigencia y que no han sido reconocidos por su padre.

TERCERA. - Reglamentación.

En un plazo que no excederá los 60 días a la entrada en vigor de la presente ley se emitirá el reglamento de la presente ley

CUARTA. - Disposición modificatoria y derogatoria.

Modifíquese y deróguese toda disposición que se oponga a lo dispuesto en la presente Ley.