

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRIA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

TESIS:

**“FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL
ACORDE CON EL DERECHO A LA IDENTIDAD:
Análisis de su validez y aplicación en la provincia de Chota,
departamento de Cajamarca, periodo 2006 – 2010”**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Magali Jacqueline Soto Bardales

Asesor:

Orlando Tapia Burga

CAJAMARCA, PERÚ

MAYO DE 2013

COPYRIGHT © 2013 por
Magali Jacqueline Soto Bardales
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRIA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

TESIS:

**“FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL
ACORDE CON EL DERECHO A LA IDENTIDAD:
Análisis de su validez y aplicación en la provincia de Chota,
departamento de Cajamarca, periodo 2006 – 2010”**

Para optar el Grado Académico de
MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:
Magali Jacqueline Soto Bardales

Comité Científico:

Dr. Elfer Miranda Valdivia
Presidente del Comité

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Primer Miembro Titular

M.Cs. Nixon Castillo Montoya
Segundo Miembro Titular

M.Cs. Orlando Tapia Burga
Asesor

Mayo, 2013

A: *Mis queridos padres **Raúl M. Soto Hernández** (+)
y **M. Graciela Bardales Bardales**, por los valores
y principios inculcados.*

A: *Mi amado esposo **Elmer Fustamante Gálvez**
y adorada hija **María Fernanda Fustamante**
Soto; quienes se han convertido en la
razón de mi vida.*

*Mi agradecimiento infinito a mi asesor, Magister **Orlando Tapia Burga**,
por su valioso asesoramiento; así como a los miembros
del **comité científico** por sus acertadas observaciones; y a mi gran amigo,
abogado **Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla** por sus interesantes recomendaciones.*

El derecho a conocer a los padres ha de protegerse, en primer lugar, frente a las posibles disposiciones legales que lo hagan ineficaz por desconocer su contenido esencial,....

Alex Plácido Vilcachagua

ÍNDICE

	Pág.
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
EPÍGRAFE	vi
ÍNDICE	vi
RESUMEN	xi
ABSTRACT	xii
PREFACIO	xiii
LISTA DE ABREVIATURAS	xvi

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1.	EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	
	1.1. Planteamiento del problema.....	17
	1.2. Formulación del problema.....	19
	1.3. Propósito de la investigación.....	20
	1.4. Justificación de la investigación.....	20
	1.5. Delimitación de la investigación.....	21
2.	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.....	23
3.	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	
	3.1. Objetivo General.....	23
	3.2. Objetivos Específicos.....	23
4.	ENFOQUE, DISEÑO Y TIPO DE LA INVESTIGACIÓN...	24
5.	MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN	
	5.1. Método Exegético.....	25
	5.2. Método Dogmático.....	25
	5.3. Hermenéutica Jurídica.....	25
6.	DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	
	6.1. Definición operacional de variables.....	26
	6.1.1. De la relación de las variables de la hipótesis.....	26
	6.2. Unidad de análisis y Universo	
	6.2.1. Unidad de análisis.....	27

6.2.2. Universo.....	28
6.3. Descripción del diseño de contrastación de hipótesis.....	28
7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	
7.1. Técnicas.....	29
7.2. Instrumentos.....	29

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	30
2. TEORÍAS UTILIZADAS	
2.1. Teoría del Ordenamiento Jurídico.....	33
2.1.1. Supremacía de la Constitución.....	34
2.1.2. Principio de Jerarquía Normativa.....	36
2.2. Teoría del Paternalismo Jurídico.....	37
2.2.1. El Paternalismo.....	37
2.2.2. El Paternalismo Jurídico.....	38
2.3. Teoría de la Ponderación de Principios.....	39
2.3.1. La estructura de la Ponderación.....	41
2.3.2. El Principio de Proporcionalidad.....	45
3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS	
3.1. Validez de la norma.....	47
3.2. Ordenamiento Jurídico.....	47
3.3. Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial.....	48

CAPÍTULO III

ANÁLISIS TEMÁTICO

1. EL DERECHO DE FILIACIÓN EN EL PERÚ	
1.1. La filiación en el Código Civil de 1984.....	51
1.2. Ley 27048 “Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad.....	53

1.3.	La Ley 28457 “Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”	
1.3.1.	Antecedentes Legislativos de la Ley 28457.....	54
1.3.2.	Exposición de motivos de la Ley 28457.....	56
1.3.3.	El proceso de filiación en la Ley 28457.....	57
1.3.4.	Características del proceso de filiación en la Ley 28457.....	58
2.	DERECHO A LA IDENTIDAD	
2.1.	Concepto y principales características.....	61
2.1.1.	Concepto de identidad.....	61
2.1.2.	Derecho a la identidad.....	63
2.1.3.	Derecho a la identidad como derecho fundamental	64
2.1.4.	Manifestaciones del derecho a la identidad.....	66
2.2.	El derecho a la verdad biológica y al nombre como manifestaciones del derecho a la identidad	
2.2.1.	Derecho a la verdad biológica.....	68
2.2.2.	La prueba de ADN.....	69
2.2.3.	Derecho al nombre.....	74
3.	FILIACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL EN RELACIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL DERECHO COMPARADO	
3.1.	En Inglaterra	77
3.1.1.	El derecho de filiación.....	77
3.1.2.	Derecho a la identidad.....	80
3.2.	En Alemania.....	81
3.2.1.	La filiación.....	82
3.2.2.	Derecho a la identidad.....	83
3.3.	En Brasil.....	85
3.3.1.	El derecho a la identidad.....	86
3.3.2.	Aspectos relacionados a la identidad biológica.....	87
3.4.	En Argentina.....	88
3.4.1.	Determinación de la maternidad y la paternidad.....	89
3.4.2.	Acciones de filiación.....	91
3.5.	En Chile.....	92
3.5.1.	Las acciones de filiación.....	94
4.	LAS PRESUNCIONES EN EL DERECHO Y LA LEY 28457 EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA IDENTIDAD	

4.1. Las presunciones en el Derecho Romano.....	95
4.1.1. La presunción de paternidad en el Derecho Romano.....	98
4.1.2. La presunción y la ficción en el Derecho Romano.....	100
4.2. La Presunción.....	101
4.2.1. Definición.....	101
4.2.2. Naturaleza Jurídica.....	102
4.2.3. Clasificación.....	103
4.2.4. La estructura lógica de la Presunción.....	106
4.2.5. La argumentación del Juez.....	108
4.3. La presunción de la Ley 28457 y sus efectos en el derecho a la identidad.....	109
4.3.1. Análisis lógico de la presunción de la Ley 28457.....	111
4.3.2. El hecho presunto de la Ley 28457 y el derecho a la identidad.....	116

CAPÍTULO IV

EVIDENCIA PRÁCTICA DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 28457 EN LA PROVINCIA DE CHOTA DURANTE LOS AÑOS 2006 – 2010

1. Resultados generales de los casos en Chota.....	119
2. Modo de resolver los procesos iniciados.....	120
3. Adenda: casos tramitados en el Juzgado de Paz Letrado del Módulo Básico de Justicia de Santa Apolonia.....	122
4. Comparación de la realidad de Chota y Cajamarca.....	124

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DEL ANÁLISIS TEMÁTICO Y EVIDENCIA PRÁCTICA.....	125
--	------------

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	134
--	------------

CAPITULO VII

PROPUESTA LEGISLATIVA

1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	137
2. TEXTO NORMATIVO PROPUESTO.....	158

LISTA DE REFERENCIAS	161
-----------------------------------	------------

APÉNDICES

- Texto de la Ley N° 28457.....	168
- Lista de Gráficos.....	170
- Resolución autoritativa del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.....	171
- Hoja de recojo de información.....	172
- Resoluciones expedidas por el Juzgado de Paz Letrado de Chota sobre filiación judicial de paternidad Extramatrimonial.....	173

RESUMEN

En la presente investigación se utilizaron como métodos: el exegético, el dogmático y la hermenéutica jurídica y como técnicas: la observación documental y el análisis de casos; con la finalidad de investigar, de qué manera la Ley N° 28457 “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, vulnera el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial. Se concluyó que la mencionada ley vulnera el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial pues transgrede sus derechos a la verdad biológica y al nombre, al permitir que se declare su filiación paterna por simple presunción, cuando el demandado no se opone a la declaración de paternidad. Originando con ello la posibilidad de que la persona que ha sido declarada como padre del hijo extramatrimonial no lo sea, privándosele así a éste último de su **derecho a la verdad biológica**, esto es a ser tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es su padre y de conocer su verdadero origen biológico, así como de su **derecho al nombre**, es decir de ser identificado con el apellido paterno de quien verdaderamente es su progenitor. La conclusión se ratifica con los procesos tramitados en la provincia de Chota, departamento de Cajamarca durante el periodo 2006-2010 bajo el amparo de la Ley 28457, de los cuales se evidencia que el 85% se han resuelto con la presunción de paternidad que dicha ley establece. En tal sentido se recomienda la modificación de la ley 28457, a efectos de proteger el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial, proponiendo *De Lege Ferenda* se elimine la presunción de paternidad que contiene, disponiéndose la práctica obligatoria de la prueba de ADN con la cual se establecerá con certeza la paternidad o exclusión de ella del demandado respecto al hijo extramatrimonial; y en el caso que el demandado sea renuente a dicha prueba, el Juez dispondrá la restricción momentánea de su libertad ambulatoria para llevar a cabo la experticia genética.

ABSTRACT

In the present investigation were use as methods: the exegético, the dogmatist and the juridical hermeneutics and as technologies: the documentary observation and the analysis of cases; with the purpose of investigating, of what way the Law N ° 28457 "Law that regulates the process of judicial filiation of extramarital paternity", it damages the right to the identity of the extramarital son. Concluded that the mentioned law damages the right to the identity of the extramarital son since transgrede his rights to the biological truth and to the name, on should that declare his paternal filiation for simple presumption, when the defendant is not opposed to the declaration of paternity. Originating with it the possibility that the person who has been declared as father of the extramarital son it is not, him obtaining this way from his **right to the biological truth**, this is to being had legally as son of the one who biological is his father and of knowing his real biological origin, as well as from his **right to the name**, that is to say to be identified by the paternal surname of the one who really is his progenitor. The conclusion ratifies with the processes proceeded in Chota's province, Cajamarca's department during the period 2006-2010 under the protection of the Law 28457, of which it is demonstrated that 85% has resolved with the presumption of paternity that the mentioned law establishes. The modification of the law recommends to the Law 28457, to effects of protecting the right to the identity of the extramarital son, proposing of *Lege Ferenda* is eliminated the presumption of paternity that it contains, arranging the obligatory practice of the DNA test with which the paternity will be established by certainty; and in the case that the defendant is reluctant to the mentioned test, the Judge will arrange the momentary restriction of his ambulatory freedom to carry out the genetic experticia.

PREFACIO

El Estado Peruano, al advertir la importancia de los avances genéticos en la certera determinación de la filiación de las personas, el 06 de enero de 1999, mediante la Ley N° 27048 incorporó al Art. 402° del Código Civil el inciso 6, en el cual se señaló las pruebas biológicas como nueva causal para determinar la paternidad extramatrimonial; sin embargo el proceso establecido para tramitar dicha causal de paternidad, resultó complejo y complicado, incrementándose de manera desmedida los procesos de paternidad extramatrimonial.

Ante tal fracaso, y con el fin de atenuar la sobrecarga procesal originada por los procesos de filiación paterna sustentados en pruebas biológicas, el 8 de enero del 2005 se promulgó la Ley N° 28457, denominada “Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, señalándose un proceso judicial especial que busca determinar de manera urgente y rápida la filiación de paternidad extramatrimonial, basada exclusivamente en la prueba genética del ADN.

Si bien dicha Ley, se constituye en una medida importante a efectos de determinar de manera rápida la paternidad de los hijos extramatrimoniales; sin embargo la declaración de paternidad en la mayoría de casos, no se basa en la práctica de la prueba del ADN, sino que ella se determina como una suerte de sanción al demandado que no se opuso al mandato declarativo de filiación paterna.

Ante ello, la presente investigación está orientada a determinar de qué manera la Ley 28457 vulnera el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial. Con el propósito de establecer si dicha Ley es válida, esto es, si no es incompatible o no transgrede las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores como es la Constitución. Y De no ser acreditada su validez, estaremos en la posibilidad de

propugnar la modificación idónea a efectos de convertirla en válida. Consiguiendo con ello que la Ley 28457 mantenga el respeto a los principios y derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución Política, y otorgando a la ciudadanía la seguridad que una ley tan importante, que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, va ser aplicada garantizando los derechos fundamentales de los hijos extramatrimoniales.

La investigación realizada en cuanto a la parte doctrinaria se encuentra delimitada *temáticamente* por el estudio de la Ley N° 28457, “Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, y por el derecho a la identidad como posible derecho fundamental vulnerado por dicha ley; por lo que, nuestra investigación se encuentra comprendida esencialmente en las áreas del Derecho Civil y Constitucional, ambos del Ordenamiento Jurídico Peruano; *temporalmente*, está delimitada desde el año 2005 cuando entró en vigencia la ley N° 28457 hasta la actualidad que no ha sido derogada, y *espacialmente*, se encuentra limitada por el territorio peruano. En cuanto al recojo de datos, la investigación comprende el estudio y análisis de los expedientes sentenciados sobre filiación judicial de Paternidad Extramatrimonial tramitados con la Ley 28457 en el Juzgado de Paz Letrado de la Provincia de Chota, departamento de Cajamarca – Distrito Judicial de Cajamarca, durante el periodo 2006-2010.

La investigación está estructurada en siete capítulos: en el primero se exponen los aspectos metodológicos que se han tenido en cuenta para realizar la investigación; en el segundo se desarrolla el marco teórico que sustenta la tesis; en el tercero se realiza el análisis de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales de los temas que fundamentan las conclusiones y recomendaciones; en el cuarto se expone la evidencia práctica de la aplicación de la Ley 28457 en el Juzgado de Paz Letrado de la Provincia de Chota durante

los años dos mil seis a dos mil diez; en el quinto se realiza la discusión del análisis temático y evidencia práctica; en el sexto se presentan las conclusiones y recomendaciones; y en el sétimo capítulo se muestra la propuesta legislativa.

Se ha recurrido al Manuel de Kate Turabian: “Un manual para escritores de ensayos, tesis y disertaciones”, para realizar las citas en la presente tesis. Se utilizó por tanto la citación parentética para las referencias bibliográficas y las notas a pie de página, para apuntes marginales.

Esperamos que la presente investigación contribuya a mejorar el tratamiento que en nuestro Ordenamiento Jurídico Peruano se le viene dando a la institución de la Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, garantizando que la filiación - paterna declarada sea la que verdaderamente le corresponde al hijo extramatrimonial y con ello protegiendo su derecho a la identidad en sus contenidos del derecho a la verdad biológica y al nombre.

La autora.

LISTA DE ABREVIATURAS

<i>apud</i>	en la obra de.
C.C.	Código Civil.
C.P.C.	Código Procesal Civil.
DJEC	Diccionario Jurídico Espasa-Calpe.
DRAE	Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (22da. edición).
<i>s/a</i>	sin año de edición.
<i>s.v.</i>	<i>sub voce</i> ('bajo la palabra', en diccionario).
TC	Tribunal Constitucional.
<i>Vid.</i>	Ver. Usado para remitir al lector a una obra que ha tratado con anterioridad y con mayor profundidad un asunto mencionado.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Planteamiento del problema

En la realidad peruana resulta innegable que existe un gran número de personas nacidas fuera del matrimonio que carecen de filiación paterna¹, transgrediéndose con ello su derecho fundamental a la identidad.

Este problema social ha sido de permanente preocupación para el derecho; por lo que, para mitigarlo, desde tiempos antiguos se crearon las presunciones de paternidad, con la finalidad de lograr un establecimiento legal de filiación paterna, a falta de presupuestos biológicos que la determinen y “(...) por los obstáculos basados en los prejuicios históricos originarios de la hegemonía de la familia patriarcal y matrimonializada” (Varsi Rospligiosi y Chávez 2009, 17).

Sin embargo, las presunciones de paternidad (las cuales no otorgan certeza respecto al vínculo filiatorio paterno, pues dan por cierto un hecho aún cuando en la realidad pudiera no haber existido), resultaron medidas buenas para una época determinada pero ya no las son en la actualidad, en

¹ En la exposición de motivos de la Ley N° 28457, ‘Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial’, se señala: “casi un millón y medio de personas tienen directa o indirectamente problemas de filiación extramatrimonial”.

donde existen las pruebas heredobiológicas como el ADN² (ácido desoxirribonucleico) con la cual se garantiza con certeza el vínculo filiatorio, al proporcionar una probabilidad de verdad del 99.999%. Por lo cual resulta una exigencia dejar a tras la verdad legal, basada en el anacrónico sistema de presunciones de paternidad, para dar paso a la verdad biológica, ya que el derecho no puede ignorar los avances de la genética y su relación directa en la protección de la persona humana y permitir que se determine con seguridad su verdadera filiación paterna³, garantizando así su derecho a la identidad.

Nuestros legisladores peruanos, conscientes de los adelantos biológicos en materia filiatoria, el 06 de enero de 1999, mediante la Ley N° 27048 incorporaron al Art. 402° del Código Civil [en adelante C.C.] el inciso 6, a través del cual se señaló las pruebas biológicas como nueva causal para determinar la paternidad extramatrimonial. Sin embargo, para alcanzar el veredicto, el trámite judicial es apabullante en razón de que el proceso es complejo y complicado; además de haberse incrementado, de manera desmedida los procesos de paternidad extramatrimonial. Este contexto originó que el Estado Peruano tome medidas para atenuar dicha realidad, promulgándose el 8 de enero del 2005 la Ley N° 28457, con la cual se estableció un proceso judicial especial que busca determinar de

² Varsi Rospigliosi (2008), clasifica las pruebas heredobiológicas en: prueba hematológica, marcadores genéticos séricos, sistema de histocompatibilidad. H.L.A, polimorfismos cromosómicos y perfil del ADN.

³ En el mismo sentido Varsi Rospigliosi señala “Tender a la verdad biológica dejando de lado la verdad social es ponernos al día legislativamente remozando los conceptos que tradicionalmente han primado en el Derecho de familia referido a esta materia [filiación]” (2004, 117 y 118).

manera urgente y rápida la filiación judicial de paternidad extramatrimonial, basada exclusivamente en la prueba genética del ADN.

Sin embargo, dicha Ley N° 28457 contendría un dispositivo legal que transgrede el derecho fundamental a la identidad del hijo extramatrimonial. Así, esta Ley establece en su Art. 1° (quinto párrafo) “*Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad (...)*”, esto significa que ante la no oposición al mandato judicial de declaración de paternidad del presunto padre demandado, por la sola exigencia de la norma, se determina la filiación de paternidad de éste respecto al hijo extramatrimonial. Continuándose así con las desfasadas presunciones, no obedeciendo la filiación declarada a criterios científicos–biológicos, que determinan certeramente el vínculo paterno filial.

Por lo expuesto, con la dación de la ley N° 28457 se dio un gran avance en materia de filiación paterna; sin embargo, contendría el vicio de presunción de paternidad, vulnerando el derecho fundamental a la identidad del hijo extramatrimonial, en cuanto a sus manifestaciones del derecho a la verdad biológica y derecho al nombre; por lo que dicha Ley sería inválida. De existir, dicho vicio merece ser estudiado para proponer cambios en la ley, a efectos de ser el caso, convertirla en válida.

1.2. Formulación del Problema

¿De qué manera la Ley N° 28457 “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, vulnera el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial?

1.3. Propósito de la Investigación

El propósito de la presente investigación es: verificar si la Ley N° 28457 “Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, es una ley válida, esto es, no sea incompatible o no transgreda las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores como es la Constitución. De no ser acreditada su validez, determinar la modificación idónea a efectos de convertirla en válida.

1.4. Justificación de la Investigación

Como nos explica el maestro Hernández Sampieri:

La mayoría de investigaciones se efectúan con un propósito definido, no se hacen simplemente por capricho de una persona; y ese propósito debe ser lo suficientemente fuerte para que justifique su realización. (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio 2003, 49).

Por ello consideramos necesario explicar por qué es conveniente la presente investigación y cuáles son los beneficios que se derivan de ella. Para evaluar la conveniencia del estudio propuesto se han establecido criterios que evidentemente son flexibles y de ninguna manera son exhaustivos, los cuales se dan a conocer a continuación.

En razón a lo antes expresado, la presente investigación es conveniente jurídicamente pues permite determinar si con la aplicación de la Ley N° 28457, “Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, se vulneran derechos fundamentales y por ende estamos ante una ley inválida. La relevancia Jurídico Social se

produce al dar a conocer a la sociedad, la existencia en el Ordenamiento Jurídico Peruano de una ley cuya aplicación vulnera derechos constitucionales; así mismo la presente investigación contiene un gran valor teórico - práctico, pues de demostrarse la afectación de derechos constitucionales, estaremos en la obligación de proponer modificaciones en la Ley, con el objetivo de eliminar su invalidez.

Como resultado de lo anterior se obtendrán como Beneficios:

- Mantener el respeto a los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución Política. Lo cual redundará en la observancia de la Supremacía Constitucional.
- Dar seguridad a la ciudadanía que una ley tan importante como lo es la Ley N° 28457, “Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, va a ser aplicada garantizando los derechos fundamentales de los hijos extramatrimoniales. He aquí donde se manifiesta la relación social de la investigación.

1.5. Delimitación de la investigación

En cuanto a la parte doctrinaria se tomaron en cuenta los siguientes criterios:

- a) La presente investigación se encuentra limitada por el estudio de la Ley Peruana N° 28457, “Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, y por el derecho a la identidad, como posible derecho fundamental vulnerado por la Ley N° 28457.

- b) Entonces, la investigación estará delimitada **temáticamente** por: La Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial y por el derecho a la identidad; por lo que, se encuentra comprendida esencialmente en las áreas del Derecho Civil y Constitucional, ambos del Ordenamiento Jurídico Peruano.

- c) **Temporalmente** está delimitada desde el 2005, año en que entró en vigencia la Ley N° 28457, hasta la actualidad en la que no ha sido derogada; y **espacialmente** se encuentra limitada por el territorio Peruano.

En cuanto a la evidencia práctica de la aplicación de la ley 28457 se tuvieron en cuenta los siguientes criterios:

- a) Delimitación temporal: comprende el estudio y análisis de los expedientes sentenciados, sobre Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, tramitados con la Ley 28457 en el Juzgado de Paz Letrado de la Provincia de Chota, durante el periodo 2006 – 2010.

- b) Delimitación espacial: el ámbito de estudio comprende la provincia de Chota, comprensión del departamento de Cajamarca – Distrito Judicial de Cajamarca.

2. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

La Ley N° 28457 “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial” vulnera el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial en cuanto a sus manifestaciones del derecho a la verdad biológica y derecho al nombre, al permitir que se declare su paternidad por simple presunción, cuando el demandado no se opone al mandato declarativo de paternidad extramatrimonial.

3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Objetivo General

Determinar de qué manera la Ley N° 28457 vulnera el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial.

3.2. Objetivos Específicos

) Determinar el índice de procesos tramitados con la Ley N° 28457, ante el Juzgado de Paz Letrado de la Provincia de Chota, departamento de Cajamarca; en los cuales se ha declarado la filiación de paternidad sin la valoración de la prueba del ADN, y en los cuales habiéndose realizado dicha prueba genética el demandado no resultó ser el padre.

) Establecer la posibilidad de propugnar la modificación de la Ley N° 28457, para proteger el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial.

4. ENFOQUE, DISEÑO Y TIPO DE LA INVESTIGACIÓN

Al ser una parte de esta investigación de carácter doctrinal, la investigación se realizó bajo el *enfoque cualitativo*. Mientras que el enfoque *cuantitativo* se utilizó para conocer los resultados de los procesos en Chota; por lo cual se puede considerar que esta investigación se realizó bajo el **enfoque mixto**.

La investigación tiene un diseño **no experimental y transversal**. Es no experimental, pues no hay manipulación de variables y se analiza el fenómeno tal como se encuentra. Es transversal, pues se recogen los datos en un momento único para analizarlos y describirlos.

Nuestra investigación se suscribe en los siguientes tipos de investigación:

INVESTIGACIÓN DESCRIPTIVA.- Por cuanto, nuestra investigación la iniciamos describiendo y analizando exhaustivamente tanto la Ley N° 28457 “Ley que regula el proceso especial de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, así como el derecho a la identidad.

INVESTIGACIÓN CORRELACIONAL.- Ya que, en la presente investigación hemos analizado la relación existente, entre la vigencia de la Ley N° 28457 “Ley que regula el proceso especial de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial” y el derecho fundamental a la identidad del hijo extramatrimonial.

INVESTIGACIÓN PROPOSITIVA.- Nuestra Tesis también se adecúa a este tipo, por cuanto nuestra investigación finaliza otorgando una propuesta legislativa, que soluciona la invalidez de la Ley N° 28457.

5. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN

5.1. Método exegético.

Por cuanto el problema que se investigó gira alrededor del estudio de la Ley N° 28457, “Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial” y de las disposiciones normativas que regulan el derecho a la identidad, se utilizó la exégesis, a efectos de establecer el sentido y alcance literal de dichas normas; resultando útil para su comentario.

5.2. Método dogmático.

La Dogmática por su parte nos permitió incluir el sentido y alcance de la ley 28457 dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano, en especial su relación con las instituciones de filiación paterna e identidad.

5.3. Hermenéutica Jurídica

El presente método nos ha servido para interpretar de manera clara y precisa lo relacionado con la Ley N° 28457, “Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”. Específicamente nos hemos detenido a analizarla en cuanto dispone la declaración de Filiación ante la no oposición al mandato declarativo de paternidad extramatrimonial. Del mismo modo, hemos hecho uso de la hermenéutica para analizar los derechos al nombre y a la verdad biológica derivados del derecho fundamental a la identidad, establecido en el Art. 2 de la vigente Constitución Política del Perú.

6. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

6.1. Definición Operacional de Variables

6.1.1. De la relación de las variables que conforman la hipótesis

V1 = *Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial*:

Esta variable estará plasmada por lo que establezca la Ley N° 28457.

V2 = *Declaración de paternidad por simple presunciones*:

Esta variable está referida a aceptar un hecho como verdadero simplemente teniendo en cuenta unos elementos, en nuestro caso se tendrá la paternidad como verdadera si es que no se presenta oposición al mandato declarativo de filiación extramatrimonial.

V3 = *Derecho a la identidad*:

Este derecho abstracto se lo puede reconocer en virtud de dos derechos: el derecho al nombre y el derecho a la verdad biológica.

Resumen: La tabla 1 nos permite ver todo lo manifestado hasta este momento.

Tabla 1: Hipótesis, variables, indicadores y fuente de contrastación de la hipótesis

Hipótesis	Variables	Indicadores	Fuente de donde se extraerá el dato
<p>La Ley N° 28457 “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, vulnera el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial, en cuanto a sus manifestaciones del Derecho a la Verdad Biológica y el Derecho al Nombre, al permitir que se declare su paternidad por simple presunción, cuando el demandado no se opone al mandato declarativo de paternidad extramatrimonial.</p>	<p>V1= Ley N° 28457, ley de filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial</p>		
		<p>V2 Presunción de paternidad</p>	<p>No oposición al mandato declarativo de filiación</p>
	<p>V3 = Derecho a la identidad.</p>	<p>Derecho al nombre</p>	<p>Derecho a la verdad biológica</p>

6.2. Unidad de Análisis y Universo

6.2.1. Unidad de análisis

En nuestra investigación existen tres unidades de análisis.

La Ley N° 28457, el derecho a la identidad y las sentencias

emitidas bajo el amparo de la mencionada Ley durante el período 2006 – 2010, en el Juzgado de Paz Letrado de la provincia de Chota, departamento de Cajamarca – Distrito Judicial de Cajamarca.

6.2.2. Universo

El universo a investigar comprende la totalidad de los procesos sobre Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, tramitados y sentenciados con la Ley N° 28457, durante el período 2006 – 2010, en el Juzgado de Paz Letrado de la provincia de Chota, departamento de Cajamarca – Distrito Judicial de Cajamarca.

6.3. Descripción del diseño de contrastación de hipótesis

Nuestra investigación es no experimental, por cuanto no hemos manipulado variables, sólo se ha observado el fenómeno investigado, tomando datos para luego analizarlos. En este sentido se han recolectado datos de los procesos sobre Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, tramitados y sentenciados con la Ley N° 28457, durante el período 2006 – 2010, en el Juzgado de Paz Letrado de la provincia de Chota, departamento de Cajamarca – Distrito Judicial de Cajamarca; de los cuales posteriormente hemos inferido algunos resultados.

7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

7.1. Técnicas

Los procedimientos que se emplearon, en la presente investigación, para captar información fueron los siguientes:

-) **La observación documental**, la que nos ha permitido percibir cómo se ha desarrollado el fenómeno materia de investigación, captando la información pertinente sin alterar ni modificar los datos obtenidos.

-) **Análisis de casos**, se recabaron datos preexistentes en los legajos de sentencias de familia, de casos de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial tramitados por el Juzgado de Paz Letrado de la Provincia de Chota, departamento de Cajamarca durante el periodo 2006 – 2010.

7.2. Instrumentos

En esta tesis se utilizaron, los siguientes instrumentos:

-) Libreta de apuntes.
-) Fotocopias.
-) Fichas de Registro.
-) CD's, disquetes, memoria USB.
-) Computadora y laptop.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Rueda Fernández (s/a) ha realizado una investigación teórica de la Ley N° 28457, “Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, concluye que al pretender brindar un proceso expeditivo y rápido de declaración judicial de paternidad a sólo pedido de parte interesada, en donde el emplazado sólo tiene la posibilidad de oponerse únicamente si se somete a la prueba de ADN, se conculca: el derecho constitucional de defensa del emplazado, el deber de la parte demandante de probar los hechos alegados, la garantía procesal de la seguridad jurídica y la garantía de la administración de justicia de la especialización de los jueces para resolver asuntos de familia y de menores de edad.

Varsi Rospigliosi (2009) por su parte, luego de evaluar la Ley N° 28457 y realizar un análisis comparativo -a nuestro parecer poco claro al no existir una estructura organizada- entre los beneficios y perjuicios que dicha Ley otorga, concluye que el proceso que la Ley desarrolla constituye un nuevo estatus filiatorio en materia de paternidad extramatrimonial, sustentado en el derecho a la identidad, en el interés superior del niño y en una sociedad con valores claros.

Por otro lado, Plácido Vilcachagua (*Apud.* Rodríguez Chávez y Salazar Soplapuco 2010), al analizar el Código de los Niños y Adolescentes y las últimas disposiciones legislativas que han modificado el régimen legal de filiación, concluye que dicho cuerpo normativo y leyes, contienen normas que

contravienen la “Convención sobre los Derechos del Niño”, respecto al derecho del niño a conocer a sus padres, a preservar la identidad en sus relaciones familiares y a ser tenido legalmente como hijo de quien biológicamente lo es. Siendo que en el caso específico de la Ley N° 28457 y el numeral 6 del artículo 402° del Código Civil, al negarse la práctica de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas, con igual o mayor grado de certeza, al hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad, se vulnera el derecho de dichos niños a conocer quienes son sus padres biológicos.

No obstante, podemos notar que las investigaciones de Rueda Fernández, Varsi Rospigliosi y Plácido Vilcachagua, si bien analizan la Ley N° 28457, no tratan de forma directa el fenómeno que se investigó en nuestra tesis. Aunque debe quedar en claro que las investigaciones de dichos autores proporcionaron rica y variada referencia bibliográfica que posibilitaron el punto de partida de la nuestra.

Así mismo, la doctrina contemporánea, debido a los avances presentados en el campo biológico, ha puesto en serios cuestionamientos el uso de las presunciones en la filiación. Esto lo expresa de forma clara la mexicana Ingrid Brena Sesma cuando afirma:

(...) el estado actual de los conocimientos científicos, en especial, los que permiten la filiación biológica, nos ha llevado a la reflexión sobre la efectividad del actual sistema de filiación establecido en el Código Civil⁴

⁴ Se refiere a las presunciones de paternidad establecidas en el artículo 324° del Código Civil del Distrito Federal de México. El cual establece lo siguiente: “Artículo 324.- Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario: I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial”. Como se aprecia, este artículo es el equivalente a los artículos 361° y 362° de nuestro Código Civil.

[...] El juzgador debe aprovechar las oportunidades que brindan las pruebas biológicas, para corregir las deficiencias del sistema y encontrar una solución racionalmente correcta y justa. (Brena Sesma s/a, 198-199)

Se presenta entonces un cuestionamiento doctrinario, a una figura tan antigua como la presunción de paternidad. Este es un campo que aún no se ha desarrollado mucho pero que es un punto de partida útil para nuestra investigación.

Para finalizar esta sección debemos mencionar que hasta donde hemos investigado, no tenemos conocimiento de la existencia de otros estudios en el ámbito nacional, sean éstos que se encuentren en proyectos de investigación, tesis, monografías o artículos; que traten de manera estructurada el problema de investigación elegido⁵.

Sin embargo, es bueno mencionar dos tesis existentes en nuestra localidad que abordan nuestro tema. La primera que debemos mencionar es la tesis de Serrano Medina (2012), quien analiza la Ley 28457 y la asume como válida sin cuestionamiento alguno, lo cual es perfectamente aceptable pues el objetivo de su investigación tenía otros fines⁶.

La segunda de las tesis de Malca Pajares (2008, 189-191) resulta de mayor atractivo para nuestra investigación, pues en ella la tesista sostiene que la Ley 28457 afecta el derecho al debido proceso; por cuanto al demandado (1)

⁵ Hacemos notar que la búsqueda se realizó, de forma presencial, en la Universidad Nacional de Cajamarca, Universidad Antonio Guillermo Urrelo, Universidad Privada del Norte y en forma virtual en los catálogos *en línea* de las universidades Mayor de San Marcos y Pontificia Universidad Católica del Perú.

⁶ El objetivo general del tesista fue el de “identificar las principales consecuencias jurídico-sociales que genera la regulación de los hijos alimentistas en la Legislación Civil Peruana” (Serrano Medina 2012, 11).

no se le permite la presentación de otra prueba distinta a la del ADN y, (2) se sanciona el silencio o la rebeldía del emplazado haciéndole padre mediante el uso de una presunción. El punto dos es de singular importancia pues ella llega a sostener en base al recojo de información del Juzgado de Santa Apolonia de la ciudad de Cajamarca, que:

En la práctica no se cumple plenamente con el fin para el cual fue creada la presente ley, al no resolverse las pretensiones de filiación en base al resultado de la prueba de ADN, contándose únicamente con lo dicho por la accionante en su demanda para obtener una sentencia favorable. (Malca Pajares 2008, 184)

Notamos entonces que nuestra investigación es perfectamente válida, pues el enfoque en cuanto a la formulación del problema del que partimos no ha sido esclarecido aún.

2. TEORÍAS UTILIZADAS

2.1. Teoría del Ordenamiento Jurídico

Señala Pacheco Gómez (1984, 295) que *la Teoría del Ordenamiento Jurídico* fue expuesta originalmente por Adolfo Merkel y desarrollada luego por Hans Kelsen y Alfred Verdross. Esta teoría básicamente sostiene que:

El complejo de normas que dan sentido al Derecho de un país no se encuentran aisladas, sino vinculadas entre sí por una fundamentación unitaria, en virtud de la cual constituyen una estructura, una unidad, un sistema denominado ordenamiento jurídico. (Pacheco Gómez 1984, 295)

La fundamentación unitaria, a la que hace referencia Pacheco, no viene a ser más que la llamada por Kelsen ‘norma básica, norma única o norma fundamental’ la cual otorga validez a un ordenamiento jurídico cuando éste reposa sobre aquella. Así, la norma fundamental constituye:

la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden (Kelsen 1970, 135)

En definitiva, un elemento clave del ordenamiento jurídico radica en lo que Kelsen llamó *norma básica*, la cual no sería más que la *ley básica* reconocida desde Locke, Montesquieu y Kant (Friedrich 1997, 316-317). A esa norma básica positivizada, en el derecho actual, se le denomina Constitución.

2.1.1. Supremacía de la Constitución

La Constitución “es la Ley fundamental y suprema que establece la organización jurídica del Estado, la división y equilibrio de sus poderes precisando sus atribuciones. Contiene, además, los derechos esenciales de la persona”. (Zavaleta C. 1997, 12). Por lo que, tanto gobernantes como gobernados le deben subordinación⁷.

Es **ley fundamental** puesto que determina los derechos fundamentales de la persona, el modo y forma en que debe ser organizado el Estado y el ejercicio del poder político. Y es **ley suprema** por su carácter de rigidez, es decir, del hecho de que es

⁷ De la misma forma lo señala Rivera Santibáñez: “Dentro del orden jurídico la Constitución ocupa el primer lugar, constituyéndose en la fuente y fundamento de toda otra norma jurídica, por lo que toda ley, decreto o resolución debe subordinarse a ella y no puede contrariarla”. Así mismo, “en el orden político se constituye en la fuente de legitimación del poder político, pues lleva implícita toda una filosofía que sirve de orientación no sólo a los gobernantes sino también a los gobernados” (*Apud.* Castañeda Otsu 2004, 49).

fruto de la voluntad suprema, extraordinaria y directa, como es el poder constituyente, que expresa esa voluntad mediante procedimientos especiales diferentes a los de la ley ordinaria; por lo que para modificar esas normas, se requiere igualmente de procedimientos especiales (Rivera Santibáñez. *Apud.* Castañeda Otsu 2004, 51).

Por las características antes expuestas:

La Constitución es la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico por lo que todas las disposiciones legales ordinarias al derivarse de ella, no pueden contradecirla y desconocer los valores, principios, derechos y garantías que ella consagra. De manera que, cualquier norma de menor jerarquía que sea contraria a la Constitución es nula y debe ser retirada del ordenamiento jurídico. (Rivera Santibáñez *Apud.* Castañeda Otsu 2004, 50)

En el mismo sentido señala Zavaleta C. (1997, 14) que:

Para su validez y vigencia indeterminada, las leyes, decretos legislativos, decretos supremos, resoluciones supremas, decretos ministeriales, etc. tienen que confeccionarse de acuerdo a la Constitución. Si ellos infringen la Carta Magna, su invalidez se obtiene mediante la Acción de Inconstitucionalidad o Acción Popular, en su caso.

La hegemonía de la Constitución (norma de más alta jerarquía sobre las demás normas legales), se encuentra expresamente establecida en el Art. 51° de nuestro ordenamiento constitucional al prescribir: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; (...)”.

2.1.2. Principio de Jerarquía Normativa

El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallen, por así decirlo, una al lado de la otra en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas, por lo que, la característica de la supremacía de la Constitución, supone la concurrencia del principio de jerarquía normativa⁸. Así mismo, la unidad de estas normas se halla constituida por el hecho de que la creación de una norma –la del grado más bajo- se encuentra determinada, a su vez, por otra todavía más alta, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. De la misma manera lo ha entendido Bidart Campos al señalar:

La supremacía constitucional, supone gradación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos descendentes. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la Constitución. (1968, 77)

⁸El principio de la jerarquía normativa, según Fernández Segado “implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización, de conformidad con la cual, una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango. Ello, a su vez, implica que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizada, en cuya cúspide, obviamente, se sitúa la Constitución” (1997, 96).

2.2. Teoría del Paternalismo Jurídico

2.2.1. El Paternalismo

El término “paternalismo” es de origen anglosajón y en esta particular forma, con sufijo en “ismo”, se remonta al siglo XIX (Alemay García 2005, 11). Apunta a una extrapolación del modelo de relación paterno–filial (la *patria potestas*) autoritario y protector, a otro tipo de relaciones sociales: por ejemplo, la relación entre el Estado y sus ciudadanos o entre el médico y el paciente⁹.

El término comenzó a usarse principalmente en el contexto de ciertas prácticas sociales, desarrolladas por los patronos en relación con sus trabajadores, caracterizadas por la asunción de responsabilidades en la mejora de la calidad de vida del obrero, las cuales rebasaban con creces el cumplimiento de las condiciones contractuales en materia de salario y condiciones de trabajo.

Modernamente, Gerald Dworkin, define el “paternalismo” como:

La interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, el bien, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la persona coaccionada. (*Apud.* Alemay García 2005, 93)

⁹El Diccionario de la Real Academia Española, define al Paternalismo, como “La Tendencia a aplicar las formas de autoridad y protección propias del padre en la familia tradicional a relaciones sociales de otro tipo; políticas, laborales, etcétera”.

Y propone como criterio principal de su justificación: “... la condición de que el afectado por la medida consintiera (o fuera razonable pensar que consentiría) en el futuro a la misma” (*Apud*. Alemany García 2005, 89).

2.2.2. El Paternalismo Jurídico

Joel Feinberg y Ernesto Garzón, partiendo de la definición de “Paternalismo” proporcionado por Gerald Dworkin, expresan de manera similar la definición del “Paternalismo Jurídico”, en este sentido tenemos que:

Feinberg sostiene:

El paternalismo Jurídico, justifica la coerción estatal para proteger individuos de daños auto-infligidos o, en su versión extrema, para guiarlos, les guste o no, hacia su propio bien. (*Apud* Alemany García 2005, 89)

Mientras que Garzón indica:

El paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón a favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esa medida. (Alemany García 2005, 90)

Sin embargo, es Alemany García, quien luego de estudiar y analizar las tesis de Gerald Dworkin, Joel Feinberg y Ernesto Garzón, nos otorga de manera más clara y consistente el concepto y la justificación del Paternalismo Jurídico. Así este autor define al paternalismo jurídico de la siguiente manera:

A [el Estado] ejerce paternalismo jurídico sobre B [los ciudadanos] si y sólo si: A ejerce poder jurídico sobre B (es decir A, en el ejercicio de una competencia sitúa a B en una posición de deber, no derecho, sujeción o incompetencia) por medio de una medida X [norma jurídica] idónea y necesaria, con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico). (Alemany García 2005, 516)

Y justifica el paternalismo jurídico señalando que: A [el Estado] debe intervenir mediante normas jurídicas en la autonomía de B [los ciudadanos] protegiéndolo¹⁰, en los casos que B se encuentre en estado de incompetencia básica (incapacidad para tomar una decisión racional), debiendo presumir que B prestaría su consentimiento tanto a la posibilidad de ser tratado paternalistamente por A en ciertas ocasiones como al contenido concreto de la medida adoptada por A, si no estuviera en una situación de incompetencia básica. (Alemany García 2005, 442 - 513).

2.3. Teoría de la Ponderación de Principios

La Teoría de Ponderación de Principios, es un método de resolución de controversias mediante el cual se determina la forma de aplicar los principios jurídicos (es decir las normas que como los derechos fundamentales tienen la estructura de mandatos de

¹⁰Herbert L.A Hart considera aceptable el paternalismo jurídico. A su juicio, la protección de la gente contra sí misma es “una política perfectamente coherente” (Alemany García, 84).

optimización¹¹⁾ y de resolver las colisiones¹² que pueden presentarse entre ellos, determinando la jerarquización de uno de ellos en una situación determinada, lo que no significa la derrota de un principio o derecho sobre el otro; sino la restricción de uno de ellos en favor de otro, otorgándole más poder o más validez en un caso concreto.

La ponderación sirve también para determinar la constitucionalidad de una ley o norma, determinando el mayor valor del principio o derecho que se protege -en la disposición normativa- sobre el principio o derecho que de alguna manera se somete o cede frente al otro¹³.

Este método nos ofrece una estructura de ponderación integrado por: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de

¹¹Las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización, no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 1997, 86). Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos.

¹²Existe colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos principios incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestos como soluciones para el caso.

¹³ Así por ejemplo, la Corte Constitucional Colombiana a través de la Sentencia C – 139 del 9 de abril de 1996 evaluó la constitucionalidad de la Ley 89 de 1890 utilizando la llamada “sopesación de principios” o “ponderación de intereses”; planteando que en la referida ley se evidenciaba un conflicto de principios: diversidad étnica y cultural vs. unidad política y protección de los derechos fundamentales. (Vega Arenas 2006, 35). En el caso Peruano, el Tribunal Constitucional tomando como referente la “Teoría de la Ponderación de Intereses” ha realizado –entre otros- el cuestionamiento constitucional de los siguientes dispositivos normativos: Art. 148 del Código de Justicia Militar a través de la STC 0012-2006-PI/TC, artículo 5 de la Ordenanza Municipal N.º 02-004 A/GDSR de la Municipalidad de Santa Rosa – Lambayeque a través de la STC 04788-2005-PA/TC (caso Chinchorros) y Ordenanzas Municipales N.º 212-2005 y N.º 214-2005 de la Municipalidad de Miraflores - Lima a través de la STC 007-2006-PI/TC (caso Calle de las Pizzas).

argumentación; cuya aplicación en el caso específico determina qué principio de los que se encuentran en conflicto pesa más, por ende será el que triunfe en la ponderación y determine la solución para el caso concreto; por lo que conforme lo determina Bernal Pulido:

La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas. (2005, 87)

2.3.1. La estructura de la ponderación

Robert Alexy, ha sido quien con mayor claridad y precisión ha expuesto la estructura de la ponderación. De acuerdo con este autor, para establecer la relación de precedencia entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

Según la **ley de la ponderación**, “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Si se sigue esta ley, la ponderación se puede dividir en tres pasos que el propio Alexy identifica claramente:

En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. (2002, 32).

Es pertinente observar que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. En ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción – del primer principio– y de importancia en la satisfacción –del segundo principio–. En adelante nos referiremos a ambos fenómenos como la determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto. (En esta terminología puede decirse que mientras el primer principio se afecta de manera negativa, el segundo se afecta de forma positiva. Siguiendo la notación de Alexy, simbolizaremos el grado de afectación o no satisfacción del primer principio en el caso concreto como *IPiC* y la importancia en la satisfacción del segundo principio, también en el caso concreto, como *WPjC*).

Alexy sostiene que el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala trídica o de tres intensidades. En esta escala, el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser “leve”, “medio” o “intenso”.

Conviene reconocer que el grado de afectación de los principios en el caso concreto no es la única variable relevante para determinar, en el tercer paso, si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero. La segunda variable es el llamado “**peso abstracto**” de los principios relevantes (Siguiendo la notación de Alexy, simbolizaremos el peso abstracto del primer principio como *GPiA* y del segundo principio como *GPjA*).

La variable del peso abstracto se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen –por ejemplo, dos derechos fundamentales que están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa–, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad. Así, por ejemplo, eventualmente puede reconocerse que el principio de protección a la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto para poder ejercer la libertad es necesario tener vida.

A lo anterior se agrega una tercera variable, que denotaremos como la variable **S**, esta variable se refiere a **la seguridad de las apreciaciones empíricas**, que versan sobre la afectación de la medida examinada en el caso concreto. La existencia de esta variable surge del reconocimiento, de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio.

A partir de lo anterior, la pregunta es: ¿cómo se relacionan los pesos concretos y abstractos de los principios que concurren a la ponderación, más la seguridad de las premisas empíricas, para determinar, en el tercer paso, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción

del otro? De acuerdo con Alexy, esto es posible mediante la llamada “fórmula del peso”.

La fórmula del peso, hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados, tiene la siguiente estructura:

$$GP_{i,jC} = \frac{IP_{iC} \cdot GP_{iA} \cdot SP_{iC}}{WP_{jC} \cdot GP_{jA} \cdot SP_{jC}}$$

Esta fórmula expresa que el peso del principio P_i en relación con el principio P_j , en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio P_i en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio P_j en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra.

Alexy sostiene que a las variables referidas a la afectación de los principios en concreto y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica, de la siguiente manera: leve 2^0 , o sea 1; medio 2^1 , o sea 2; e intenso 2^2 , es decir 4. En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un

valor de seguro 2^0 , o sea 1; plausible 2^{-1} , o sea $\frac{1}{2}$; y no evidentemente falso 2^{-2} , es decir, $\frac{1}{4}$.

El tercer elemento de la estructura de la ponderación son **las cargas de la argumentación**, las cuales operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos ($GP_{i,jC} = GP_{j,iC}$). Aquí se trata de otorgar un valor mayor a alguno de los principios en conflicto que ha obtenido igual valor. Para Alexy, la carga de la argumentación se debe conceder a favor del principio que se enjuicia; es decir a favor del legislador y del principio democrático en que se funda la competencia del parlamento, salvo que se trate de los principios de la libertad o igualdad jurídica los cuales tienen una carga argumentativa a su favor, en donde ningún principio opuesto podría prevalecer sobre ellos en caso de empate, a menos que se adujesen a su favor ‘razones más fuertes’ (Bernal Pulido 2003, 231 - 232).

2.3.2. El principio de proporcionalidad

Sin embargo, el método de la ponderación para su éxito total, precisa necesariamente del apoyo de los criterios, juicios o sub principios del principio de razonabilidad o proporcionalidad como estándar de control, siendo estos: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, “lo que se ha venido en llamar *test alemán de proporcionalidad*” (Ruiz Ruiz

2010, 67). El Principio de Proporcionalidad, como refiere Vega Arenas:

Cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. (2006, 48)

Juicio de adecuación.- A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arribe al determinar la prevalencia de un principio sobre otro, debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible) y contar con un fin legítimo.

Juicio de necesidad.- El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución menos gravosa, más efectiva y adecuada de la que se esté tomando o que tenga, al menos, la misma eficacia para conseguir la finalidad perseguida. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista.

Juicio de proporcionalidad.- A través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe, responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada, que la intervención en el derecho fundamental

intervenido compense los sacrificios que esto implica para sus titulares y para la sociedad en general.

3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

3.1. Validez de la norma

Cuando hacemos mención a la validez de la norma, nos estamos refiriendo específicamente a la validez de la norma en su sentido material¹⁴. La validez material de la norma se refiere a que una norma es válida siempre que no es incompatible o transgrede las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores. En este sentido, la Constitución como norma suprema del Ordenamiento Jurídico, contiene las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y prevalecen sobre todas las demás normas; se deriva de ello que “las normas constitucionales actúan como parámetro de validez del resto de las normas determinando la invalidez de aquellas normas que formal o materialmente contradigan las prescripciones constitucionales” (Sentencia recaída en el Exp N° 0047-2004-AI/TC).

¹⁴La Validez de la norma como refiere el Tribunal Constitucional Peruano “alude a la relación de compatibilidad entre dos normas de distinto rango. Así, una norma es válida siempre que haya sido creada conforme al íter procedimental que regula el proceso de su producción jurídica, es decir, observando las pautas previstas de competencia y procedimiento que dicho ordenamiento establece (validez formal), y siempre que no sea incompatible con las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores (validez material). (Sentencia recaída en el Exp N° 0014-2003-AI/TC, fund.15)

3.2. Ordenamiento Jurídico

Es el complejo de normas que dan sentido al Derecho de un país, las cuales no se encuentran aisladas, sino vinculadas entre sí por una fundamentación unitaria, llamada Constitución. (Pacheco Gómez 1984, 295). Por ello la Constitución es la norma fundante de la cual se deriva la validez¹⁵ de todas las normas pertenecientes al orden jurídico.

3.3. Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial

Es la declaración que realiza el Órgano Jurisdiccional competente de la relación jurídica parental -deducida de la relación natural de procreación- existente entre el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio y su padre. Y la que "...va a significar la imputación de una paternidad biológica que va a generar obligaciones para el padre y del que van a nacer derechos para el hijo..." (Varsi Rospigliosi s/a, 12).

¹⁵ Para Kelsen el término 'validez' significa 'que obliga' (1982, 68). Por lo que, una norma es válida cuando obliga y ésta obliga cuando guarda coherencia y respeto a la norma fundante.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS TEMÁTICO

1. EL DERECHO DE FILIACIÓN EN EL PERÚ

Etimológicamente el vocablo filiación, deriva de la voz latina *filius* -que los antiguos españoles pronunciaban como fillo, fio, fijo y por último hijo- que a su vez se origina de *filium*, que significa procedencia del hijo respecto de los padres o simplemente relación del hijo con sus progenitores.

Actualmente la filiación es entendida como el vínculo natural y jurídico que existe entre dos personas¹⁶, donde una desciende de la otra. Representa la relación natural de descendencia existente entre padres e hijos, ya sea que hayan sido concebidos al interior de una relación matrimonial o extramatrimonial. En este sentido también se pronuncian Varsi Rospigliosi y Severino Bravo cuando afirman que: “La filiación en sentido genérico es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos”(2003, 659).

Es importante señalar que no sólo las relaciones matrimoniales o extramatrimoniales son fuentes que dan origen a una eventual filiación, sino que además, es fuente de filiación la figura tutelar de la adopción, la que se encuentra

¹⁶ Esta concepción deriva de un doctrina mixta, conforme lo señala (Peralta Andía 1998, 279) “por cuanto la filiación es un hecho natural regulado por el derecho, por tanto, un hecho jurídico”

reconocida en los artículos 377° y siguientes del Código Civil actual y que genera todas las obligaciones y derechos propios de la filiación y del parentesco.

En el Perú, no obstante la distinción que en su momento se realizó entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, en la actualidad dicha distinción es obsoleta y sin valor, motivo por el cual no merece mayor tratamiento en esta tesis. Sin embargo, es bueno recordar que hasta antes de la Constitución de 1993 que en su artículo 6° señala “*Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes*”, al haberse considerado al matrimonio como la única forma de constituir una familia y al existir una preponderancia por realizar una distinción entre los hijos nacidos dentro de esta institución, de aquellos cuyo origen no era el matrimonio, existía una tendencia discriminatoria; sin embargo, en el C.C. de 1984, dicha situación fue dejada de lado, reconociéndose actualmente idénticos derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, que hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí y pudieran o no el uno casarse con el otro.

Además debemos aclarar que la filiación ha quedado como aquella institución que se encuentra dirigida a la protección de los hijos, de quienes se busca garantizar no sólo el ejercicio de su derecho a la identidad, sino también la salvaguarda y seguridad de su persona. En este sentido, la distinción ya no se realiza para los hijos sino en el vínculo filiatorio, de ahí que no sea correcto hablar de hijo extramatrimonial pero sí lo es hablar de filiación extramatrimonial, por ello,

(...) esta distinción reposa exclusivamente en la situación jurídica de los padres, es decir la existencia o ausencia de matrimonio entre ellos. Si éstos son casados, el niño es automáticamente matrimonial y su filiación, respecto de sus dos autores, es establecida por el hecho del parto de la madre, el cual desencadena la presunción de paternidad del marido. (Monge Talavera 2003, 16)

Nuestro Código Civil vigente, con relación a la filiación matrimonial, conserva aún el sistema de presuncionalidad, el que fue construido debido a la dificultad que en el momento de ser aprobado dicho texto normativo, existía para determinar biológicamente la verdadera filiación, situación que con los avances científicos ha sido superada, existiendo actualmente las pruebas científicas heredobiológicas a través de las cuales se determina la filiación entre dos o más personas.

1.1. La Filiación en el Código Civil de 1984

Nuestro Código Civil vigente, si bien, como ya se mencionó líneas atrás, aún se encuentra regido por un sistema de presuncionalidad para el caso de filiación matrimonial, en cambio, para la filiación extramatrimonial es un poco más complicado pues se debe seguir un procedimiento que permita determinar la filiación.

Así pues, nuestro Código Civil vigente, en su artículo 361°, señala que la paternidad matrimonial la establece la ley a través de una presunción: *“el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”*, la cual conforme a lo expuesto en el artículo 362° del Código Civil no puede ser enervada ni siquiera por la declaración de la madre, en el sentido de reconocer como padre a otra persona, salvo que el esposo previamente conteste la paternidad y obtenga una declaración judicial favorable.

Por otro lado, en el artículo 376° del Código Civil se ha determinado la imposibilidad de contestar la paternidad, siempre y cuando se reúna la posición constante de estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento.

De ello se advierte que los fundamentos del diseño del legislador resultan claros, pues así como la inactividad procesal del marido para impugnar la presunción legal, implica la aceptación de tal paternidad; la presunción de que las personas casadas cumplen deberes conyugales, lleva a determinar que el embarazo de una mujer casada es obra del marido.

Sin embargo, actualmente, son las nuevas consideraciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Constitución Política del Perú de 1993, las que exigen un nuevo diseño del régimen legal de filiación. Así **el derecho del niño a conocer a sus padres**, contenido en el artículo 7.1¹⁷ del referido tratado de derechos humanos, encuentra estrecha relación con el **derecho a la identidad** que tiene toda persona, reconocido en el artículo 2.1 de la Constitución de 1993. Derechos que a su vez exigen del ordenamiento legal, el reconocimiento del derecho de toda persona para reclamar la determinación de su filiación o para impugnarla, según sea el caso, sobre la base de la probanza del *nexo biológico* entre los progenitores y los procreados. Siendo así, resulta evidente el legítimo interés del niño en conocer quiénes son sus padres,

¹⁷ Artículo 7° inciso 1). 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.

por estar este derecho reconocido directamente en las normas de rango constitucional citadas; debiéndose destacar que resultan incompatibles con la Constitución las disposiciones que impidan al niño el ejercicio de la pretensión de reclamación o impugnación de su filiación.

A ello es preciso agregar que las normas de rango constitucional antes indicadas, exigen que el régimen de filiación se sustente en los principios del favor *veritatis*, de igualdad de filiaciones y favor *fili*, pues la nueva regulación sobre filiación debe buscar favorecer el descubrimiento de la verdad biológica (favor *veritatis*) para hacer efectivo el deber de los padres de prestar asistencia a sus hijos, sin más restricciones que las que se centran en la protección de los intereses del menor (favor *fili*).

1.2. La Ley 27048¹⁸ “Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y Maternidad”

Esta ley modificó algunos de los artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad extramatrimonial; admitiéndose en ella la posibilidad de emplear pruebas biológicas, genéticas u otras de validez científicas a efectos de determinar la filiación, negar la paternidad matrimonial, e impugnar la maternidad; indicándose además que el costo que asumiera la demandante en caso la misma fuera positiva, sería rembolsado por el demandado. Por otro

¹⁸ Promulgada el 31 de diciembre de 1998, y publicada el 06 de enero de 2009 en el diario oficial “El Peruano”. Para un análisis de esta ley puede consultarse a Manuel Miranda Canales (2003).

lado, se reconoció la responsabilidad indemnizatoria de aquella persona que de mala fe iniciara un proceso de declaración de filiación, valiéndose inclusive de la prueba de ADN u otra de validez científica y ocasiona con ello un daño moral y económico al demandado, indemnización que a decir de la norma, sería determinada por el Juez.

Por dicha ley, se modificaron los artículos 363°, 402°, 413° Y 415° del C. C., en los que se indicaban no sólo los supuestos en los que un hombre podría negar la paternidad del hijo tenido por su mujer, sino también los supuestos en los que la paternidad extramatrimonial podría ser declarada judicialmente. Sin embargo para alcanzar la decisión de fondo, el trámite judicial es complejo y complicado; pues estas pretensiones se tramitan vía proceso de conocimiento.

1.3. La Ley 28457 “Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”

1.3.1. Antecedentes legislativos de la Ley 28457¹⁹

La propuesta normativa que regula el procedimiento para determinar la filiación judicial de paternidad extramatrimonial se fundamenta en el Proyecto de Ley N° 10772 del 09 de julio del 2004, posteriormente en el Proyecto de Ley N° 10919 del 01 de julio de

¹⁹ Tanto esta sección (la 1.3.1.) como la siguiente (la 1.3.2.) han sido extraídas del trabajo de José Oscar Paredes Sivirichi (2008). Hacemos notar que este mismo texto se encuentra en Serrano Medina (2012, 167-169); sin embargo, en este último trabajo no se cita la fuente respectiva, por lo que podría ser que ambos autores obtuvieran estos datos de otra fuente o que el segundo haya copiado al primero. Lo hacemos notar por los posibles problemas de derecho de autor que pudieran presentarse.

2004, para dar paso al Proyecto de Ley N° 11536 del 28 de setiembre de 2004. Proyectos todos que proponen regular el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial.

El proyecto inicial tiene su origen en *La Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia-CERIAJUS*. Se basa en que en la Administración de Justicia del Estado peruano, se han presentado diferentes diagnósticos, los cuales presentan en esencia idénticos indicadores respecto al estado situacional del sistema de justicia: como lentitud de los procesos, corrupción, ineficiencia e ineficacia, dificultad en el acceso a la justicia, adiestramiento insuficiente, procedimientos extensos, sistema de gestión deficiente y sin la información requerida, infraestructura física pobre, escasa credibilidad en el sistema, entre otros.

A mediados del año 2001, el Grupo de Trabajo de ALTO Nivel - GTAN, conformado a raíz del Convenio de Cooperación Interinstitucional para la Coordinación del Proceso de Modernización del Sistema Nacional de Administración de Justicia suscrito entre el Ministerio Público, el Poder Judicial, la Fiscalía de la Nación, el Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Ministerio de Justicia generó, mediante la suma de las tres opciones y propuestas de las entidades vinculadas a la administración de justicia, una propuesta inicial de plan estratégico para resolver y conducir con el concurso de la sociedad civil hacia la construcción de las bases del sistema de justicia en el Perú.

Estos primeros esfuerzos realizados por el Estado hacia la generación de un servicio de justicia al alcance de todos los peruanos, debe ser continuado y plasmado a través de una iniciativa que convocando a instituciones públicas y privadas, implemente las propuestas e ideas iniciales sobre nuestro sistema judicial.

Asimismo, en el mes de Julio de 2002 se suscribió el Acuerdo Nacional entre las principales fuerzas políticas del país cuya Vigésimo Octava Política de Estado está referida a la plena vigencia de la Constitución de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial.

1.3.2. Exposición de motivos de la Ley 28457

La iniciativa legislativa planteada tiene como fuente una de las propuestas elaboradas por el CERIAJUS. La finalidad de la propuesta procura enfrentar de manera expeditiva, económica y equitativa uno de los problemas sociales más graves y extendidos en el país, como es: la filiación paterna extramatrimonial.

El Estado no puede ser ajeno a esta realidad donde muchos padres utilizan las dilaciones procesales para evadir sus responsabilidades.

La persona que tenga interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida una resolución declarando la filiación demandada. Si el demandado no formula oposición en el plazo de diez días de haber sido notificado, el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad.

En el caso de formular oposición, se suspende el mandato siempre y cuando el demandado se someta y pague la prueba del ADN; si pasado el plazo no se cumpliera con la realización de la prueba, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración firme de paternidad.

Luego de la realización de la prueba, si ésta resultara negativa, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso. En el caso que la prueba resultara positiva, la oposición será declarada infundada y el mandato se convertirá en declaración firme de paternidad.

1.3.3. El proceso de filiación en la Ley 28457

La Ley N° 28457, al no haber sido promulgada dentro del plazo constitucional por el señor Presidente de la República, en cumplimiento de los artículos 108° de la Constitución Política del Perú y 80° del Reglamento del Congreso, fue publicada por el Presidente del Congreso de la República el 7 de enero de 2005, ordenándose así mismo su cumplimiento. Posteriormente sufrió algunas modificaciones, por la Ley N° 29821 publicada el 28 de diciembre de 2011.

El proceso de filiación seguido a efectos de determinar la paternidad de un hijo extramatrimonial, regulado por la Ley 28457, tiene por objeto el esclarecimiento de manera rápida y urgente del vínculo filial paterno que se alega existe entre determinadas personas, constatándose biológicamente en mérito a

la prueba de ADN la paternidad, para posteriormente declararla judicialmente, ello en atención no sólo a los derechos de las personas nacidas fuera del matrimonio no reconocidas, sino también al interés social y al orden público.

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

A diferencia del proceso de conocimiento, por el cual también se tramita la declaración judicial de filiación de paternidad extramatrimonial pero sustentada en las causales expresas previstas en el artículo 402° del C.C; el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial previsto en la Ley 28457 reduce etapas, actos y plazos, cuenta con un trámite más ágil, constituyendo un proceso singular, declarativo, plenario y rápido, basado exclusivamente en la prueba genética del ADN.

1.3.4. Características del Proceso de Filiación en la Ley 28457

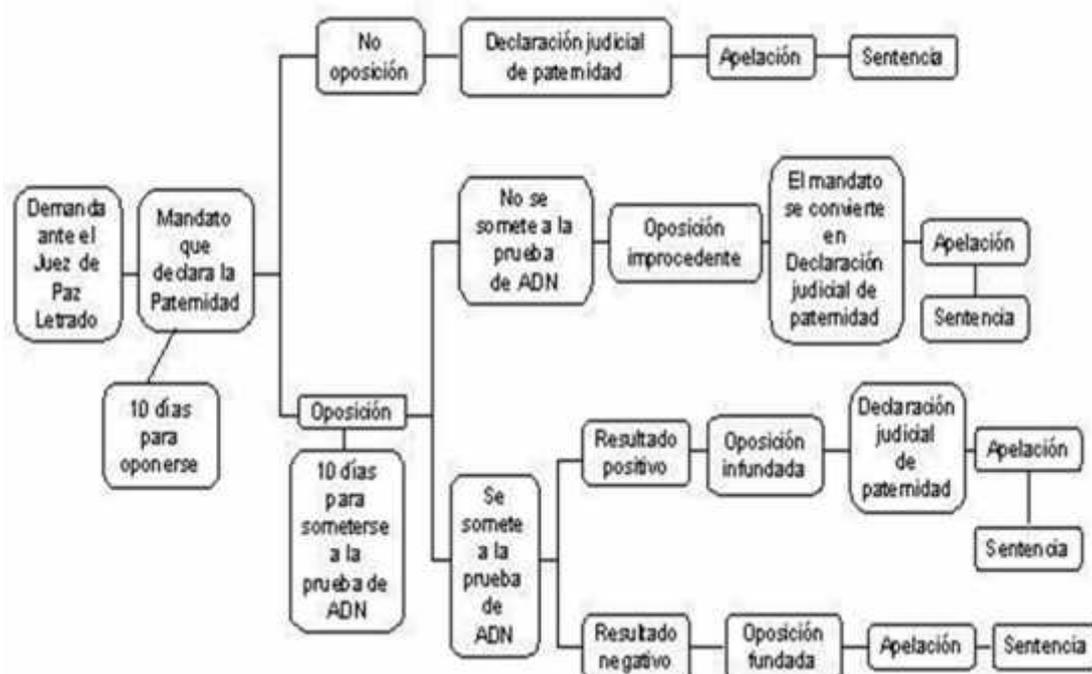
Entre las principales características del nuevo proceso de filiación, tenemos:

- 1. Juez Competente:** Según lo previsto por la Ley 28457, los Jueces competentes para conocer los procesos de filiación de paternidad extramatrimonial, son los Jueces de Paz Letrado, ello debido a que la actividad desarrollada es mínima, y al no existir mayor complejidad en la probanza (la que se fundamenta principalmente en la prueba genética realizada), exige que tales procesos formen parte de la carga procesal de estos funcionarios. Al respecto, y no obstante resultar razonable la justificación dada a efectos de que sea el Juez de Paz Letrado quien conozca estos procesos, algunos estudiosos del derecho de familia, como la Dra. Eugenia Ariano Deho (2005), han señalado que el noble argumento que justifica la competencia de estos procesos y que se sustenta en la necesidad de facilitar el acceso, no sería el único que estaría presente, toda vez que con ello, además, se pretendería que tanto las Salas de la Corte Superior, y las de la Corte Suprema, no se vean perturbadas con la obligación de revisar y resolver estos casos, pues designando a los Jueces de Paz Letrado la competencia para resolver en primera instancia, una eventual apelación sería resuelta por el Juez de Familia, y no por los magistrados de las Salas.
- 2. Legitimidad para Obrar:** La Ley 28457, señala en su artículo 1º, que quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad, será quien podrá ejercitar legal y judicialmente las acciones necesarias para obtener un

pronunciamiento al respecto; sin embargo, y en una aparente contradicción, el artículo 407° del C. C., refiere que la acción corresponde solo al hijo, permitiendo que sea la madre quien pueda ejercer el derecho de acción, en aquellos casos donde la persona de quien se pretenda determinar su filiación, sea un menor de edad; o en su caso el tutor o curador, quienes requieren autorización del Consejo de Familia para accionar. No obstante lo expuesto, es preciso indicar que tratándose de la declaración de filiación, resulta justificable amparar la posibilidad de que cualquier persona que tenga legítimo interés se encuentre legitimado para ejercer las acciones correspondientes.

3. **Simplificación de actos:** Teniendo en cuenta que el proceso de filiación extramatrimonial, tiene como sustento principal la realización de una prueba científico biológica a través de la cual se determinará la paternidad, en la práctica, la demanda será formulada podríamos decir, indicando únicamente los datos del presunto padre, quien luego de ser emplazado, tendrá 10 días para oponerse al mandato declarativo de filiación paterna extramatrimonial sometándose a la prueba de ADN, la que determinará si es o no el progenitor del menor. Hay que tener en cuenta que una vez transcurridos los diez días sin que el presunto padre se haya opuesto, el Juez procederá a convertir el mandato en declaración judicial de paternidad.

Gráfico 1: Esquema del proceso de filiación conforme a lo establecido en la Ley 28457



2. DERECHO A LA IDENTIDAD

2.1. Concepto y principales características

2.1.1. Concepto de identidad

El concepto de identidad es un concepto muy abstracto y fue tratado por filósofos del siglo XVII. Uno de ellos, el que probablemente sea el mayor representante y el representante por excelencia del empirismo, fue John Locke. Este filósofo, en su obra más importante, el *Ensayo sobre el entendimiento humano*, dedica varias líneas para hablar sobre la identidad. Para él, la identidad es “el ser mismo de las cosas, cuando, al considerar una cosa como existente en un tiempo y lugar determinado, la

comparamos con ella misma como existente en otro tiempo”
(Locke 2002, 310-311).

Entonces para él, la identidad del hombre

...no sea en lo mismo en que radica en los demás animales, es decir, en un cuerpo adecuadamente organizado en un instante cualquiera, y que, desde entonces, continúa en esa organización vital por una sucesión de varias fugaces partículas de materia que están unidas a ese cuerpo. (Locke 2002, 314)

Luego será más claro en cuanto a la identidad de la persona:

El tener conciencia es lo que hace que una persona sea la misma. Pero aunque la misma sustancia inmaterial, cualquiera que sea y cualquiera que sea su estado, no basta para hacer por sí sola que un hombre sea el mismo, es llano sin embargo, que es ese tener conciencia, todo cuanto pueda extenderse, así sea hasta comprender épocas pasadas, lo que une en una misma persona las existencias y las acciones más remotas en el tiempo. (Locke 2002, 324)

Como nos damos cuenta, el concepto de identidad muchas veces no es del todo claro. Aunque lo indispensable que se debe saber es que *uno es idéntico a uno mismo*. Para una mayor claridad revisemos el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que nos presenta estas acepciones:

1. f. Cualidad de idéntico²⁰.
2. V. cédula de identidad.
3. Der. Hecho de ser una persona o cosa la misma que se supone o se busca.
4. Mat. Igualdad que se verifica siempre, sea cualquiera el valor de las variables que su expresión contiene.

²⁰ Idéntico define el mismo diccionario de dos formas: “1. adj. Dicho de una cosa: Que es lo mismo que otra con que se compara. U. t. c. s. Y, 2. adj. Muy parecido”.

La tercera acepción es la que le corresponde al derecho y es de la que nos ocuparemos luego. Por ello no hablaremos más sobre ella.

La cuarta acepción es la más clara y de la cual derivan las otras. En esta acepción la identidad se expresa mediante una igualdad, así 1 será idéntico a 1, si $1 = 1$. Por eso, en el derecho se dice que “cada persona es idéntica a sí misma” (Fernández Sessarego 2005, p. 18).

2.1.2. Derecho a la identidad

García Toma conceptualiza al derecho a la identidad, como:

... un derecho de connotaciones binarias consistente en la autoconciencia que el individuo tiene de sí mismo, como un ser único y distinto de sus congéneres. En efecto, cada persona tiene signos distintivos formales y sustanciales (jurídicos, ideológicos y conductuales) que lo hacen esencialmente disímil a los demás, al margen por cierto de características naturales que son comunes a toda la especie humana (la libertad, la racionalidad, la sociabilidad) (Apud: Rubio Correa 2010, 100)

De ello se desprende que el autor señala dos aspectos distintos en la identidad: nos referimos primero al segundo grupo de características -características naturales-, que pertenecen en común a la especie humana, por las cuales no nos diferenciamos entre nosotros, pero sí de los demás seres vivos. En cambio, el primer grupo de elementos -características formales y sustanciales- es el que caracteriza a cada uno de nosotros, los humanos, como diferente de los demás.

Por su parte Fernández Sessarego, sostiene que el derecho a la identidad, es:

el conjunto de atributos y características psicosomáticas, tanto estáticos como dinámicos, que individualizan a la persona en Sociedad. Se trata de todos aquellos rasgos que hacen posible que cada cual sea ‘uno mismo’ y ‘no otro’. (*Apud.* Puccinelli s/a, 235).

Los atributos estáticos son aquellos que no cambian con el transcurso del tiempo y los dinámicos son los que varían según la evolución de la persona y la maduración personal. Dentro de los atributos estáticos, a través de los cuales se manifiesta la identidad, tenemos al Derecho al nombre y el derecho a la verdad biológica.

2.1.3. El derecho a la identidad como derecho fundamental

El derecho a la identidad es un derecho humano y por tanto fundamental para el desarrollo de las personas y de las sociedades. Lo dicho estaría bien dentro del Iusnaturalismo, sin embargo sabemos que los derechos fundamentales tienen que estar reconocidos por la Constitución de los Estados. La importancia del artículo 3º de nuestra Constitución que prescribe “*La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno*” se presenta en que permite unir al

Iusnaturalismo con el Positivismo Jurídico, aunque es más una manifestación de éste último.

En el Perú, después de un proceso de divulgación del contenido del derecho a la identidad y de su importancia en cuanto a la protección de la persona, finalmente se vio plasmada su incorporación en la Constitución de 1993, en donde expresamente se encuentra regulado en el artículo 2º, inc. 1. Sin embargo es bueno tener en cuenta que este reconocimiento se inició con el texto de la Constitución de 1979, al considerarse en el inciso 1 del artículo 2, el reconocimiento del derecho a tener un nombre propio, a partir del cual comenzó a construirse el concepto de identidad personal.

Es bueno informar que, según lo manifiesta Fernández Sessarego (2005), la Constitución peruana ha sido la primera en incorporar este derecho entre aquellos calificados como fundamentales. Actualmente el derecho a la identidad ha sido también recogido en el artículo 12 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires el 1 de octubre de 1996.

Finalmente se debe indicar que, el derecho a la identidad es primordial desde el punto de vista constitucional porque la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado y, cada persona siendo distinta a las demás es tal por su originalidad, por ser diferente a todos y a todo lo demás. Tal originalidad y diferencia con el resto se concretiza en la identidad. De ahí que la identidad da el derecho a ser reconocido *por lo que verdaderamente se es y por el modo como se es.*

2.1.4. Manifestaciones del Derecho a la Identidad

Como vimos, la identidad es un concepto abstracto, por ello será necesario conocer las formas en que se manifiesta o en que se encuentra presente, para poder identificarla con mayor facilidad. En este sentido nos será útil una sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, referida a nuestro tema. El Tribunal Constitucional, peruano afirma que el derecho a la identidad es:

El derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de *carácter objetivo* (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de *carácter subjetivo* (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.) [...] Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas. (STC, Exp. N° 2273-2005-PHC, FF.JJ. 21-23)

Según esta sentencia, la identidad es el derecho de distinguirse frente a otros y no solo por los rasgos *objetivos* (color de piel, facciones, nombre, huellas digitales), sino también por los elementos *subjetivos* que conforman la naturaleza espiritual de la persona (sus principios, creencias, manera de ser, su cultura y cosmovisión en general). Queda claro que este derecho de contenido complejo, por cuanto comprende diversos aspectos que distinguen a una persona de otra, incluye **el derecho a la verdad biológica** (o derecho a conocer nuestros padres o nuestra herencia genética) y **el Derecho a tener un nombre**.

En una casación se puede leer: “el derecho al nombre, que es parte del derecho a la identidad” (Cas. N° 2747-98-Junín 05-05-1999); así mismo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se determina que “toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende el derecho a un nombre - conocer a sus padres y conservar sus apellidos-, (...)” (Exp. N° 4444-2005-HC, fund. 4)

Por lo cual podemos llegar a concluir que el derecho al nombre y a la verdad biológica (conocer a nuestros padres) son elementos fundamentales que nos permiten conocer si estamos ante la presencia del derecho de identidad. Por ese motivo, a continuación nos ocuparemos de ellos.

Antes de ello corresponde precisar, que actualmente también se viene reconociendo por diversas convenciones internacionales, el derecho a la **identidad legal** –o identidad jurídica-. El cual implica el reconocimiento legal de la existencia de las personas por parte de los Estados a través de la expedición de actas de nacimiento, documentos de identidad y de la existencia de registros de nacimientos, y que se constituye en un derecho que habilita a otros derechos como a la educación, la salud, la vivienda, el trabajo, la participación política, etc.

Por ello podría decirse que la combinación de la identidad y las dimensiones de identificación de una persona dentro de los marcos institucionales provistos por el Estado otorgarán un estado

legal civil innegable, o la identidad legal. En este mismo sentido, Harbitz y Boekle-Giuffrida (2009) sostienen que:

La identidad legal es la combinación de la identidad y la identificación, dos términos que a menudo son confundidos pero que deben ser tomados por separado. La identidad legal puede verse como una secuencia de los atributos explicados previamente: inicialmente, una identidad con atributos dinámicos únicos dados al nacer y declarados en el documento de registro de nacimiento, y seguidos por—en los plazos definidos por la legislación de cada país— la identificación como el procesamiento de los datos personales y únicos en un formato biométrico (en el documento nacional de identidad o el pasaporte, por ejemplo) cuando la persona es mayor.

2.2. El derecho a la verdad biológica y al nombre como manifestaciones del derecho a la identidad

2.2.1. Derecho a la Verdad Biológica

Llamamos derecho a la verdad biológica al atributo objetivo mediante el cual se establece que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quienes biológicamente son sus padres o progenitores; lo que implica el derecho a conocer el propio origen biológico, teniendo trascendental importancia por razones psicológicas y médicas. Es decir, se une un hecho fáctico (la correspondencia de genes entre tres individuos que los une como padres e hijo), con un hecho jurídico: la filiación.

Conjuntamente con lo anterior no debemos olvidar que el derecho de toda persona de conocer a sus padres, goza de protección en el sistema jurídico internacional, al ser reconocido en el numeral 1 del artículo 7 de la Convención sobre los derechos

del Niño; que forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico al haber sido aprobado y ratificado por el Perú.

Alex Plácido nos hace reflexionar cuando dice:

el derecho a conocer a los padres ha de protegerse, en primer lugar, frente a las posibles disposiciones legales que lo hagan ineficaz por desconocer su contenido esencial, y, en segundo momento, es necesario brindarle una protección positivizada, -civil, administrativa o penal-, que garantice este derecho no sólo frente a los eventuales ataques que provengan del poder público, sino también frente a los provenientes de los particulares. (2008)

Como vemos se trata de un derecho fundamental el cual debe primar sobre cualquier otro que pretenda desconocerlo. La base actual de este derecho es el avance de la ciencia y la tecnología genética. Así, mediante la prueba del ADN la certeza sobre la paternidad es casi absoluta. Por lo cual le dedicaremos algunas líneas a ella.

2.2.2. La Prueba de ADN

El Ácido Desoxirribonucleico, frecuentemente abreviado como ADN, se conoce desde hace más de cien años. Fue aislado por primera vez en 1869 por el médico Friedrich Miescher, en la misma década notable en la cual Darwin publicó “El Origen de las Especies” y Mendel presentó sus resultados a la Sociedad de Historia natural de Brunn. La sustancia que Miescher aisló era blanca, azucarada, ligeramente ácida y contenía fósforo, la encontró en el pus de las vendas y en el esperma de salmón; dado que la encontró en el núcleo de las células, la llamo nucleína, aunque no fue reconocida hasta 1943 gracias al experimento realizado por Oswald

Avery. En 1953 Watson y Crick, en Inglaterra descubrieron en base a información de otros científicos la estructura molecular del ADN.

Así el ADN constituye el principal componente del material genético de la inmensa mayoría de los organismos, junto con el ARN (Acido Ribonucleico); por lo que son considerados los ácidos nucleicos naturales en los que se basa la vida en la tierra. El ADN tiene en su composición una serie de cuatro “bases” nitrogenadas que se acomodan en pares y cada una de ellas constituye una letra del Código genético.

El papel principal del ADN es el almacenamiento a largo plazo de la información genética, esto es del código genético, la cual es necesaria para crear un ser vivo idéntico a aquel del que proviene (o casi similar, en el caso de mezclarse con otra cadena como es el caso de la reproducción sexual o de sufrir mutaciones) siendo responsable de su transmisión hereditaria. Los segmentos de ADN que llevan esta información genética son llamados genes, pero las otras secuencias de ADN tienen propósitos estructurales o forman parte en la regulación del uso de esta información genética. En conclusión, se puede considerar al ADN, como un almacén de información que se transmite de generación en generación, conteniendo toda la información necesaria para construir y sostener el organismo en el que reside.

En el caso de la filiación, según información del Centro Médico especializado en genética, el ADN es transmitido de padres a hijos a través de los cromosomas del óvulo y del espermatozoide. Según estudios cada padre transmite a su hijo la mitad de su ADN

esto es veintitrés cromosomas del padre se unen igual número de cromosomas procedentes de la madre; de tal forma que el embrión así formado ya no es ni un óvulo ni un espermatozoide, se trata de un “nuevo ser” que si bien todo el ADN que tiene proviene de sus padres, sin embargo genéticamente es diferente a sus progenitores.

Por lo que es en la identificación del ADN de una persona comparado con el ADN de sus supuestos progenitores, que al coincidir se establece la filiación paterna o materna; análisis comparativo genético que tiene una certeza mayor al 99, 9999% en caso se concluya en la filiación y del 100% para negarla, por lo que esta prueba asegura la identificación del progenitor. Su comprobada eficacia se basa en que no puede haber dos personas con igual ADN; por cuanto el ser humano en cada célula tiene tres mil millones de pares de bases, el orden en que se disponen es diferente en cada persona pero es idéntico en cada una de las células del individuo, siendo que la infinita variedad de combinaciones que pueden generarse permite afirmar que no hay dos personas con igual ADN, lo cual llevado al campo jurídico, garantiza la certeza de un fallo judicial sobre filiación.

Entonces el método más preciso, confiable y contundente para el establecimiento de relaciones paterno-filiales, lo constituye la prueba del ADN, pues es la vía que posibilita de la mejor manera la determinación de la identidad de un individuo; siendo además que la realización de la prueba no resulta lesiva a la salud física o mental de los individuos en los que se practica, por cuanto no es invasiva, así mismo no se transgrede el derecho a la intimidad de los

individuos por cuanto no se analiza la totalidad del mapa genético de las personas sino únicamente la huella genética (secuencia de ADN en común) no arrojando información personalísima sobre otros aspectos genéticos ajenos a la materia del juicio de paternidad.

Instrucciones para la toma y conservación de material biológico de personas vivas para estudios de Filiación

Los primeros estudios se hicieron utilizando muestras de sangre para poder encontrar el ADN, pero en la actualidad ya no es tan indispensable, pues éste se encuentra en todas las células de nuestro cuerpo, por lo tanto cualquier muestra biológica podría ser usada para una prueba de paternidad.

Efectivamente, existen otras fuentes como: saliva, chicles, cepillos de dientes, colillas de cigarro, pañuelos con mucosidades, curitas, chupón, preservativos, restos de semen en ropa interior, papel higiénico, toallas higiénicas, líquido amniótico, biopsias, restos óseos, sobre de carta y otros restos orgánicos presentes en todo tipo de prendas u objetos que son útiles para recolectar la muestra.

Para esta sección nos vamos a basar en el *Instructivo para toma y conservación de muestras para estudio del polimorfismo del ADN* elaborado por la Fundación PRICAI. Dado lo técnico del asunto tratado, únicamente nos limitaremos a transcribir lo más relevante de su instructivo para nuestra tesis.

Para la toma de muestra existen dos procedimientos, uno es mediante la extracción de la muestra de sangre y el otro es mediante la extracción de células del carrillo. Las veremos a continuación:

1.- Extracción de muestras de sangre

Las muestras de sangre requeridas para realizar estudios de filiación o forenses por medio de análisis del polimorfismo molecular del ADN pueden ser recogidas de dos formas:

A. Sangre absorbida sobre papel de filtro (forma preferida de recolección)

La sangre puede tomarse por punción venosa, por punción del talón en caso de bebés, o por punción del pulpejo de un dedo de la mano.

- a. Depositar 3 ó 4 gotas de sangre (aproximadamente 0.1 centímetro cúbico (100microlitros) en total) sobre papel de filtro.
- b. Dejar secar la sangre en el papel al aire libre por lo menos durante 1 hora sin exponer a la luz solar.

B. Sangre anticoagulada en tubo o en jeringa (solo si por razones de fuerza mayor no fuera posible realizar la toma sobre papel de filtro descrita)

- a. Extraer 1 a 5 centímetros cúbicos de sangre de cada persona.
- b. Anticoagular la muestra con EDTA.
- c. Invertir el tubo o la jeringa suavemente varias veces para homogeneizar la sangre y el anticoagulante.

2.- Extracción de células del carrillo.

Para tomar la muestra se debe realizar de manera intensa un hisopado de la mucosa yugal, empleando para ello un hisopo estéril. El hisopo con el material biológico debe ser colocado en tubo estéril con tapa y éste debe ser rotulado correctamente con tinta indeleble y guardarse luego a -20°C (freezer) o inferior (-70°C). Si esto no fuese posible debe colocarse el material en congelador de heladera o en heladera y remitirlo al laboratorio lo antes posible

Dado el importante riesgo de contaminación con ADN no humano en este tipo de muestra, los hisopos con el material biológico recolectado no deben permanecer a temperatura ambiente por más de dos horas.

2.2.3. Derecho al Nombre

Conforme afirma León Barandiarán (1991, 149) “El nombre es un dato que sirve para la identificación e individualización de la persona. Se puede decir figuradamente, que es como una etiqueta social y jurídica que permite distinguir a aquélla, que es como un atributo que se vincula a un individuo y que forma parte de su personalidad”

En el caso del Ordenamiento Jurídico Peruano, el nombre se encuentra regulado legislativamente en el artículo 19° del Código Civil; y se define como la designación con la cual se individualiza al sujeto y que le permite distinguirse de los demás. El nombre está formado por dos componentes: el prenombre y los apellidos;

recoge datos históricos de la persona que la singularizan de los demás y provee la información base para la emisión del Documento Nacional de Identidad.

El primer componente (**prenombre**), se refiere al nombre de pila, el cual es libre y es elegido por los padres o por el que hace la inscripción en el registro civil. En cuanto a su segundo componente, **el apellido** es la designación común de una estirpe que cada uno porta debido a su pertenencia al grupo y a la que se diferencia por este apelativo; así el apellido llamado también nombre de familia, patronímico o gentilicio, es el nombre de la familia debiendo figurar primero el apellido paterno y luego el apellido materno, establece la filiación, los lazos de parentesco, la paternidad y la maternidad.

Por lo cual, en cuanto a su segundo componente, el nombre implica el derecho a ser reconocido e identificado con los apellidos de nuestros padres, lo cual redundará en el “derecho que tenemos para conocer nuestro origen y quiénes son nuestros progenitores” (Cas. N° 750-97, Junín 04-12-1998).

El derecho al nombre posee como características el ser personalísimo, imprescriptible, inalienable e inherente a toda persona. A su vez, el Código de Niños y Adolescentes, en su artículo 6°, destinado a la identidad, se puede leer lo siguiente:

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

Es de notarse que en este artículo se incluye el derecho a tener un nombre, pero este nombre en esencia se refiere al prenombre, pues luego hará una salvedad cuando dice *en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos*. Afortunadamente, como se nota en las jurisprudencias, estas toman el derecho al nombre, no como derecho al prenombre únicamente sino que consideran que el apellido es parte fundamental de éste. Veamos:

13. Así, en lo que al caso concreto se refiere, en el artículo 2.1º de la Constitución se reconoce que toda persona tiene derecho a su identidad, uno de cuyos componentes es el derecho a un nombre, lo que supone el derecho de conocer a sus padres y conservar sus apellidos. Por lo tanto, se infiere que el derecho en mención importa atribuir jurídicamente a una persona la aptitud suficiente para ser titular de derechos y obligaciones. (EXP. N.º 04296-2009-PA/TC)

3. FILIACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL EN RELACIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.

3.1. En Inglaterra

3.1.1. El Derecho de Filiación

En contraste con las legislaciones del resto de países de Europa, los cuales poseen códigos civiles extensos y ordenados, la legislación británica relativa a la familia -y al resto de materias civiles- es una combinación de leyes y jurisprudencias. Mientras que la mayoría de legislaciones europeas poseen reglas claras respecto a los tipos de sociedades conyugales, división de la propiedad luego

de divorcios, entre otros asuntos patrimoniales, las leyes británicas no cuentan con normas específicas que sean aplicables de modo genérico. Es potestad decisoria de las Cortes Británicas referidas a cada caso en particular cuál es la forma más justa de resolver cada asunto específico, especialmente en lo que implica al patrimonio familiar.

No obstante, en lo que respecta a la formación y reconocimiento de los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio rige en Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte la “*Civil Partnership Act 2004*”.

Este documento se encuentra dividido en ocho partes, las cuales regulan aspectos sustantivos y procesales. La ley británica emplea el término “*child of family*” para referirse al ser humano que recibe el reconocimiento por parte de ambos padres²¹. El texto completo de la norma relativa a este principio sostiene:

Section 105.1 “Child of the family”, in relation to parties to a marriage, or to two people who are civil partners of each other, means:

a. A child of both of them, and

b. Any other child, other than a child placed with them as foster parents by a local authority or voluntary organisation, who has been treated by both of them as a child of their family.

²¹ Durante el desarrollo de este apartado y del siguiente nos basaremos fundamentalmente en el ensayo de Jens M. Scherpe "Parentage and Filiation in Germany and England", publicado por el "Seminario sobre parentesco desarrollado por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y disponible en: http://cambridge.academia.edu/JensScherpe/Talks/9197/Parentage_and_Filiation_in_Germany_and_England

Con esta definición queda establecida la posibilidad de reconocer a un hijo biológico, a uno adoptivo e incluso se faculta a organizaciones caritativas a adoptar a niños en situación de desamparo y conservar su tenencia o concedérselas a familias constituidas²².

Para Scherpe, esta posibilidad de que personas jurídicas estén en capacidad de asumir el reconocimiento de personas naturales es un rasgo definitorio de países europeos como Inglaterra o Alemania. Si bien la naturaleza jurídica del acto resulta un tanto contradictoria al término usual de la filiación, las leyes inglesas y alemanas -entre otras- extienden en sus respectivas legislaciones la posibilidad de reconocer a niños en situación de desamparo y conferirles el apellido del director de la institución o de las familias que sin necesidad de cohabitar con el niño -quien continúa viviendo en albergues especiales para niños sin padres- velan por él y le proveen la manutención requerida (“*Financial provision for children*”)

Como todos los trámites civiles ingleses (Scherpe 2009), los trámites de inscripción relativas a asuntos familiares se realizan en la Corte del Condado (*County's Court*) en donde reside el adoptante. No está de más agregar que los deberes de los padres no figuran de manera muy bien perfilada en los textos ingleses. Los complementos al proceso de inscripción para reconocer al niño se establecen en el

²² Esa sería la traducción más general del término inglés FOSTER. Que al mismo tiempo que significa FOMENTAR O PROMOVER, posee en el Common Law el equivalente a ACOGER EN UNA FAMILIA. (vid. Merriam-Webster College Dictionary)

numeral 3A del apartado 79 del *Civil Partnership Act 2004*, el cual establece:

3A. An adoption order may be made on the application of one person who has attained the age of 21 years and is a civil partner if the court is satisfied that:

a. The person's civil partner cannot be found,

b. The civil partners have separated and are living apart, and the separation is likely to be permanent, or

c. The person's civil partner is by reason of ill-health, whether physical or mental, incapable of making an application for an adoption order.”

En estos apartados la legislación inglesa no difiere en lo sustancial de sus correspondientes en el mundo occidental. Se recogen allí las razones por las cuales se puede retrotraer el derecho de los adoptantes a cesar en su derecho de tales.

La legislación inglesa es relativamente parca en lo que respecta a otros aspectos relacionados con la inscripción y reconocimiento de hijos matrimoniales y extramatrimoniales. La principal razón, apuntada parcialmente por Scherpe, es el reducido número de casos de paternidad no asumida que registra el Reino unido, “uno de los más bajos del mundo” (Scherpe, 2009). El caso británico destaca por su concisión y casi parquedad en este ámbito, probablemente más que cualquier otro país europeo.

3.1.2. Derecho a la identidad²³

La fuente principal, tanto de conocimiento como de producción, del Derecho inglés, está constituida por el *case-law*, es decir por aquel conjunto de principios, reglas, criterios y parámetros de juicio que se han ido creando de las decisiones de casos anteriormente resueltos. Pero nunca se ha establecido en el derecho anglosajón el derecho de los jueces a crear normas y a que éstas luego se constituyan en precedentes vinculantes. Y esta regla es menos notoria en el caso del Derecho de Familia y particularmente en el aspecto vinculado a la identidad de una persona.

El principio seguido dentro de éste ámbito es el de calibrar con criterio de consciencia cada caso particular y pronunciarse respecto a cada uno, sin que la decisión genere un precedente vinculante.

En el derecho inglés, sin embargo, rige una idea general que está orientada a salvaguardar el interés del niño. Según ésta se modifica la presunción de que quien sostiene algo tiene que probarlo. Con la variante que existe para el derecho inglés y que ha sido adoptada por el derecho nacional, el supuesto padre tiene que demostrar que no lo es, y de probarlo, podrá exigir una indemnización a la madre. Bajo este panorama se pretende atenuar el número de indocumentados y de los niños sin nombre.

²³ La información de Inglaterra ha sido extraída de “*The right of registration: development, identity registration and social security*”. Disponible en: <http://www.historyandpolicy.org/papers/policy-paper-53.html>

También el derecho inglés ha desterrado la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por lo que con la modificatoria se suprime esta diferencia de condición entre los hijos.

Inglaterra es en un país donde existe un conjunto de normas y de formas de pensar que impiden a los ciudadanos obviar sus responsabilidades en el conjunto general de la vida social y, más aún, en el caso de la protección y respeto por la identidad de los niños.

3.2. En Alemania

Las primeras leyes integrales sancionadas por Alemania relativas a la protección y fomento de paternidad responsable se dictaron en la entonces República Federal Alemana en 1957. Ese año se dictó la ley sobre la igualdad de la mujer en materia de derecho civil, en 1977 se modernizaron las normas relativas al divorcio y en 1997 se llevó a cabo una reforma radical en materia de filiación y de derechos del niño.

La ley que reformó los derechos del niño, *das kindschaftsrechtsreformgesetz*, se dictó en 1996 y entró en vigor el 1 de enero del año siguiente. La legislación alemana sobre la materia está mejor regulada que en otras legislaciones más cercanas, por cuanto cada materia específica recogida en el Código Civil alemán, cuya redacción comenzó en 1881 y entró en vigor el 1 de enero de 1900, posee una legislación complementaria que congrega una serie exhaustiva de normas que complementan o afinan en muchos aspectos las normas civiles más generales (Scherpe 2009).

Podemos agrupar los aspectos más destacados de esta vigente ley de 1996 en dos tópicos:

3.2.1. La Filiación

La maternidad se genera por el hecho del parto y no existe vínculo de filiación entre la donante del óvulo o del embrión y el niño. Cualquier conflicto que pudiese surgir entre la madre genética y la madre portadora del feto es resuelto a favor de la mujer que da a luz al neonato²⁴.

Se suprime toda diferencia entre filiación matrimonial y extramatrimonial, y la paternidad es tratada en un mismo título. El artículo 1592 del B.G.B. (Código Civil Alemán) establece que el padre de un niño es el hombre que: a) está casado con la madre al tiempo del nacimiento. b) reconoce al niño c) aquel que es declarado judicialmente el padre.

En lo tocante a filiación matrimonial existe una ligera modificación de una norma antiquísima que establecía que el padre del niño es el marido de la madre. Sin embargo el artículo 1599 de B.G.B. establece que esta presunción no rige si el neonato nace durante un proceso de divorcio y es reconocido por un tercero aún cuando el matrimonio no haya sido disuelto, pero el ex-esposo debe dar su acuerdo al reconocimiento.

²⁴ Sin bien la ley alemana es muy incisiva en este aspecto, es difícil que este supuesto se de en la realidad porque la maternidad por sustitución se encuentra prohibida por la ley del 13 de diciembre de 1990 (Scherpe 2009).

Otra reforma importante es la referente a las personas que poseen la legitimidad para ejercer la acción de contestación de la paternidad. En el régimen precedente las personas que tenían la legitimidad para ejercer esta acción eran: el hijo, el marido, y el los padres de aquel después de su muerte. Pero ni la madre ni el verdadero padre podían ejercer la acción. La ley nueva legitima a la madre para accionar (art. 1600 del B.G.B), pero no al presunto padre, y elimina la legitimación de los padres del marido y del autor del reconocimiento en virtud del poco uso de esta acción.

3.1.2. Derecho a la Identidad

Dentro del reconocimiento normativo que la Constitución Federal Alemana de 1949 ha querido hacer de los derechos fundamentales, en el artículo 3, numeral 5, se encuentra establecido para toda persona el derecho a la identidad. Por lo tanto, se deriva de esta situación que para este sistema jurídico es muy importante la vigencia de este derecho para todos los alemanes, de cualquier clase social.

El derecho a la identidad tiene varios elementos que informan su contenido esencial²⁵: el derecho a tener una personalidad (*Persönlichkeitsrecht*), el derecho al nombre (*Namensrecht*) y el

²⁵ Hemos extraído las consideraciones esenciales de este apartado de “La actualidad de Alemania”. Disponible en: http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/sociedad/contenido/glossary08.html?type=1&no_cache=1

derecho a tener una nacionalidad (*Nationalitätsrecht*). Al menos así se reconoce en la Constitución Federal vigente.

En Alemania el número de personas que carece de un nombre o un documento de identidad es prácticamente nulo. Por esto, el país teutón posee un Índice de Desarrollo Humano MUY ALTO y cuentan con diversos tipos de documentación²⁶. A esto debe agregarse que sólo en el periodo comprendido entre el año 2000 al 2004, 550 000 recién nacidos habían sido inscritos y no se reportaron casos de no reconocimiento en el mismo periodo. Con lo cual tenemos una realidad en la cual un porcentaje casi cercano al cien por ciento de ciudadanos o que se preparan para serlo poseen la identidad necesaria que les permita luego ejercer otros derechos.

Fue el Parlamento Federal que aprobó en 1966 el Código de la Familia, que entre otras cosas, facilitaba la inscripción de los recién nacidos cuando no son reconocidos por el padre y no existe vínculo matrimonial, permitiendo que la madre pueda inscribirlo con el apellido del supuesto padre sin que ello suponga vínculo de filiación y ninguna otra obligación.

La reforma introducida -que fue novedosa en su momento para toda Europa- hace prevalecer el principio del interés superior del niño y abrió la posibilidad para, posteriormente, realizar una masiva adopción de jóvenes que habían quedado huérfanos durante la Segunda Guerra Mundial.

²⁶ Wikipedia. “Alemania”

3.3. En Brasil

La Constitución brasileña anterior, de 1988, establecía la distinción entre hijos habidos dentro del matrimonio y los “*fora dele habidos*”. Se clasificaba a los hijos considerándolos legítimos, legitimados e ilegítimos. El legislador, al amparo de la nueva constitución de 1996, elimina esta clase de distinciones poniendo por delante la dignidad de la persona humana.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

La legislación brasileña crea presunciones, en donde el marido es el padre de sus propios hijos, haciendo referencia a la sentencia latina “*Pater is est quem nuptiae demonstrat*”. Sin embargo, en opinión de Oliveira (2009), esta figura debería remontarse y quedar desterrada de la enunciación jurídica ordinaria de su país, puesto que las pruebas científicas de ADN no harían necesaria la existencia de tales figuras.

La legislatura brasileña crea presunciones, donde el marido de la madre es el padre de los hijos. Se considera que esta presunción debe quedar relegada en la actualidad. Parece más aconsejable que en cualquier caso se recurra a la prueba de ADN, lo que genera una certeza casi absoluta de la paternidad (Oliveira 2009).

Por otro lado, la ley brasileña permite que la sola confesión de la madre, ante la ausencia de una declaración expresa de quien tenga la paternidad de un niño, basta para conferirle a ella el derecho de solicitar que se lleva a cabo un proceso de filiación contra el presunto padre. Incluso se prohíbe la sola confesión de la madre como causal para dejar sin efecto el reconocimiento de la paternidad.

Regina Tavares da Silva (Oliveira 2009), también considera que los supuestos establecidos donde se prohíbe el matrimonio de la viuda antes de la expiración de 10 meses de viudez o de disolución del matrimonio resultan innecesarios, pues el avance de la medicina nos permite identificar quién es hijo de quién en cualquier caso. Además, que con este sello legal se crea una barrera para aquellos que quieren contraer un nuevo matrimonio y asumir una responsabilidad de paternidad que libremente puede ser llevada a cabo.

3.3.1. El derecho a la Identidad.

Para el Derecho brasileiro, la identidad

constituisse num conjunto de caracteres que, delimitados legalmente, tornam a pessoa ou um bem individuado e particularizado, diferenciando-o dos demais, e como tal sujeito a direitos e/ou deveres.

Esta definición, equivale a la de cualquier otro ordenamiento jurídico latinoamericano.

En el caso brasileiro del 2002, se recoge en el artículo 1916° del Código Civil y en el siguiente la definición y la precisión de lo que implica el Derecho a la identidad. Se trata de un derecho que admite múltiples aplicaciones y es utilizado como fuente esencial para cautelar derechos de índole personal, identitaria y financiera.

El aspecto personal está dado por el derecho de toda persona de recibir un nombre y ser llamado con él desde el momento de su nacimiento. Las personas tienen el derecho de tutelar su buen nombre y el Estado de brindarles protección en caso de que éste sea mancillado. (Da Silva Choeri 2010).

Los derechos que incluyen aspectos de índole identitaria y financiera abren un aspecto interesante en la configuración de la definición de Derecho a la identidad. Lo primero implica el derecho de toda persona a reconocer y proteger su deseo de pertenecer a una comunidad, etnia o grupo racial determinado sin menoscabo de sus derechos como ciudadano brasileiro y lo segundo incorpora a su personalidad todo el abanico de derechos conexos al derecho a la preservación de su identidad para fines patrimoniales. El Estado le brinda la posibilidad de mantener su identidad en reserva para que “*de modo que a cada um é reconhecido o direito a que sua individualidade seja preservada*” (Da Silva Choeri 2010).

3.3.2. Aspectos relacionas a la Identidad Biológica²⁷

Si bien la ley brasileña reconoce que el niño puede investigar la verdad biológica desde los cuatro años, este plazo no es plenamente aceptado. Por cuanto dicho plazo no puede ser concluyente para que nadie sepa su ascendencia biológica. Laura da costa considera que la edad es inapropiada para que ningún niño pueda reconocer cabalmente a sus padres biológicos.

La misma autora también destaca la relatividad del principio latino *mater semper est seguro*, lo que traducido sería, aproximadamente, “siempre se tiene seguridad de la madre”. Una de

²⁷ Escrito sobre la base de Costa Levy (2010).

las hipótesis que contravendrían este principio casi unánime es el caso de intercambio de recién nacidos en un hospital de maternidad.

3.4. En Argentina

La legislación argentina recoge en su tratamiento, acerca del derecho de filiación, una serie de tópicos que se replican en la mayoría de legislaciones de América Latina. La primera distinción en este sentido es la que introduce el artículo 240° del Código Civil argentino de 1869, en virtud del cual se distingue entre filiación natural o por adopción. Al mismo tiempo, elimina la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y reduce su definición a hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Las normas argentinas precedentes asignaban el derecho de demandar la filiación sólo al hijo que habría sido concebido por una persona que al momento de la concepción hubiese estado casado. Sin embargo, la categoría del nuevo hijo quedaba relegada a la de hijo ilegítimo y como tal no podía aspirar a gozar de los derechos de su presunto padre (Méndez Costa 1984, 61-63).

Recién en 1984, con la reforma del Código Civil argentino se elimina la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y equiparó en todos sus extremos los derechos que poseen los hijos de acceder al reconocimiento y al goce de los beneficios de ser hijo de determinado padre (Méndez Costa 1986).

Por otro lado, la ley argentina conceptúa a la filiación como el nexo biológico o natural que surge en el momento en que una personas otorga a otra el privilegio de constituirse en hijo suyo, cuando ese nexo biológico

puede considerarse acreditado, la paternidad o la maternidad quedan jurídicamente, determinadas. Esto sirve para señalar las formas cómo Argentina determina la filiación. La determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria (o negociada) y judicial. Así por ejemplo, cuando en el Art 243° dispone que son tenidos por hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los 300 días posteriores a su disolución.

Art. 243.- Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.

Es voluntaria cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento expreso o tácito, del hijo. Es judicial la determinación que resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida, en base a las pruebas relativas al nexo biológico (Méndez Costa 1986).

De allí derivan algunas situaciones conexas a esta institución. Como la prueba de filiación requerida. Esto se regula a nivel del Código Civil Argentino de 1869 en los artículos 246° y 247°, que en lo sustancial no difiere de lo que podemos apreciar en nuestro país: en primer lugar que si se trata de un hijo matrimonial se requiere la presentación del acta de matrimonio de ambos cónyuges y el asentamiento correspondiente declarando la filiación. Si se tratase de un caso de filiación extramatrimonial se requiere la declaración del padre o la sentencia del juicio de filiación que declare tal.

3.4.1. Determinación de la Maternidad y la Paternidad.

La legislación argentina contiene estas dos posibilidades simultáneas en caso de exigir la filiación. La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. Incorpora asimismo una serie de exigencias procesales más detalladas como la declaración obstétrica o prueba médica que demuestre la filiación de la madre (Méndez Costa 1986, 121-123).

Ya hemos mencionado someramente lo concerniente a la figura paterna, pero es preciso reseñar brevemente lo relacionado con la filiación del hijo extramatrimonial. Aquí el acto de filiación se completa con la sentencia judicial de filiación.

3.4.2. Acciones de filiación²⁸

Estas acciones implican un nivel procesal de las leyes relativas a la filiación. En Argentina existen una serie de mecanismos que conllevan a una muy clara determinación de aspectos vinculados a la filiación.

Las personas pueden impugnar y negar la paternidad matrimonial. Para esta misma autora, atendiendo al hecho que se puede legalmente solicitar la no filiación de un hijo dentro de los 300

²⁸ Méndez (1986) ofrece en la obra citada un breve apartado para los aspectos procesales relacionados con el instituto de la filiación. Señalamos lo que creemos más conveniente dentro de nuestro interés por encontrar las equivalencias esenciales entre legislaciones internacionales frente a la nuestra.

días después de disolverse el matrimonio; un marido que practicó personalmente la inscripción del hijo de su esposa no por ello carece de acción para impugnar, ya que puede haberlo hecho movido por error, por la convicción de que realmente se trataba de su hijo.

Por otro lado, la impugnación y nulidad del reconocimiento ampara que el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales puede ser impugnados por el propio hijo y por quienes tienen interés en hacerlo; esto es, por razones hereditarias, o también, según se cree, por interés moral.

También es posible impugnar la maternidad de un niño. Para Méndez (1986, 187), esto sólo se configura si la acción se puede fundar en que hubo sustitución de hijo, es decir, que tras el parto la criatura fue cambiada por otra; o en suposición de parto, es decir, que en realidad ninguna criatura fue alumbrada por esa mujer o por lo menos no tuvo hijo vivo; y también se presenta el caso de que deriva de la implantación de óvulo ajeno en el útero donde transcurre el embarazo.

3.5. En Chile

La ley N° 19.585, publicada en 1998, modifica el Código Civil de 1857 y otros cuerpos legales en materia de filiación. En este texto legal, la principal modificación tiene por objetivo eliminar la discriminación sancionada por la costumbre entre hijos legítimos e ilegítimos, cambiando el concepto por filiación matrimonial o no matrimonial, lo que a la vez se traduce en igualar a todos los hijos ante la ley.

Art. 179. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial.

La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva.

La modificatoria eliminó del lenguaje jurídico chileno los términos “hijos legítimos, ilegítimos y naturales”, siendo sustituido en todos los casos, simplemente por el término “hijos”. Estos hijos tendrán en adelante iguales derechos de alimentos y hereditarios. De acuerdo a la antigua ley de filiación, los hijos ilegítimos no tenían los mismos derechos en cuanto a pensión alimenticia, patria potestad y herencia. A estas limitaciones se agregaban aquellas para ingresar a las Fuerzas Armadas, a colegios católicos, entre otros (Ramos Pazos 2005, 36 y 37).

El significado fundamental de la nueva ley, es que por fin se hace realidad la garantía constitucional que establece que todos los hombres y mujeres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Con esta ley ya no hay hijos de primera o segunda categoría, superándose así las desigualdades y discriminaciones del pasado.

De esta forma se introduce la reforma más importante del siglo al Código Civil, sólo comparable a la que originó la Ley de Matrimonio Civil hace más de cien años, por las repercusiones que tiene.

En relación con la paternidad y maternidad, cualquier persona nacida en territorio chileno que no haya sido reconocido por sus progenitores, tendrán derecho a exigir el reconocimiento de éstos. Podrán exigir al Tribunal que se investigue la paternidad o la maternidad echando mano de todo tipo de pruebas, ampliando el número de facultades a las biológicas, entre ellas, el examen de ADN.

Otra novedad añadida de esta nueva ley es que desde el día que comenzó a regir, se eliminó la palabra “ilegítimo” del Registro Civil e Identificación, además de la introducida en el Código Civil teniendo también esta ley un efecto retroactivo, posibilitando así a cualquier persona reclamar la paternidad de su progenitor biológico (Ramos Pazos 2005, 223).

Numerosos son los artículos e incisos recogidos por la legislación chilena en materia de filiación. Como en los casos anteriormente estudiados, también se regula la posibilidad de que se lleve a cabo un reconocimiento de filiación en caso de la madre, pero a diferencia de la legislación argentina, la respectiva normatividad chilena no especifica el tipo de prueba científica para determinar este tipo de filiación. En el caso de la filiación paterna, la figura es exactamente igual a la del caso argentino, que puede llevarse a cabo mediante el reconocimiento directo del padre o como resultado de la sanción de una ley luego de un proceso de filiación.

3.5.1. Las Acciones de Filiación

Se recogen en los artículos 183° y sucesivos del Código Civil Chileno de 1857. La característica más destacada es que las acciones de filiación son irrenunciables e imprescriptibles. Algo notorio en este aspecto es la posibilidad de adquirir la filiación de un hijo por vía judicial si es que se cumple con una serie de exigencias como la prolongación de la vida en común durante más de 5 años y que esté firmemente demostrada la convivencia pacífica de los implicados.

Álvarez Álvarez (2002) considera que en este caso no es necesaria la concurrencia de pruebas científicas más contundentes.

Veamos a continuación un artículo relevante para nuestra tesis:

Art. 201. La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras.

Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico.

El argumento esgrimido por Ramos es que el vínculo de afectividad y filiación de hecho, generado por la convivencia pacífica y prolongada, fácilmente puede prevalecer sobre cualquier dictamen científico que probablemente niegue la paternidad de un hombre o una mujer (Ramos Pazos 2005, 225).

Las acciones de impugnación, básicamente presentan una constante en todos los casos examinados. Puede ser exigida por el marido o la mujer dentro de un plazo determinado por la ley, y por hechos particulares en cada caso. Como en el caso de la madre es posible demandar la nulidad de la filiación cuando existan indicios más que razonables de que ha existido un intercambio de su hijo y del hombre cuando exceda un plazo más que prudente desde la finalización de su relación con una mujer.

4. LAS PRESUNCIONES EN EL DERECHO Y LA LEY 28457 EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA IDENTIDAD

Parece inevitable que en todos los estudios sobre el derecho se tenga que retroceder hasta la antigua Roma; esto además de legítimo resulta necesario por cuanto, la civilización romana alcanzó un alto grado de desarrollo de sus instituciones jurídicas, tanto que muchas de las nociones brindadas por sus juristas se encuentran vigentes a la actualidad. En el caso de las presunciones, fueron los romanos de la época de Justiniano quienes utilizaron por primera vez la institución de la presunción, motivo por el cual, en este apartado iniciaremos tratando brevemente los orígenes de esta figura y la forma de concebirla actualmente.

4.1. Las presunciones en el Derecho Romano

Uno de los mayores estudiosos del Derecho Romano es Von Ihering.

Este jurista, nos dice que:

El procedimiento ante el *iudex*, que es el auténtico y verdadero proceso civil, interesó poco a los juristas clásicos. Enseñan cómo el juez debía interpretar la fórmula y cómo debía dictar la sentencia; pero éstos no son problemas de derecho procesal. En cambio la doctrina de la prueba está totalmente aislada y sólo ocasionalmente tratada. (Ihering s/a, 238)

La genialidad romana clásica se dedicó más a las meditaciones de lo que hoy llamamos derecho sustantivo, descuidando el adjetivo, por lo que esa época hubo un escaso interés por las presunciones. Sin embargo es posible afirmar que en este período se utilizaba la voz *praesumptio* que significaba *opinio* (opinión) del Juez, como proceso lógico más no como medio de prueba, tal y como nos lo transmite Diocleciano: “*Falsa opinione te presumpsisse, ex probationum luce cognoveris*” (Apud. Martínez de Morentin Llamas 2007, 42). En este tipo de presunciones, como un proceso

lógico, el Juez actuaba con plena libertad y se las conoce como *praesumptiones hominis*, y pudieron ser utilizadas por el Juez en un procedimiento formulario²⁹. Sin embargo, luego, en la *cognitio extraordinem*³⁰ durante la época de Justiniano se desarrollan un tipo de presunciones impuestas por la ley, por ello éstas son las llamadas *praesumptiones iuris*. Estas últimas a su vez se pueden dividir en *iuris et de iure* cuando contra ellas no se admite prueba en contrario, y las *iuris-tantum* cuando se admite prueba contraria para un caso concreto³¹.

²⁹ Se lo llamó "**procedimiento formulario**" porque las antiguas invocaciones rituales que debían hacerse de viva voz y en forma literal, fueron reemplazadas por "fórmulas", que no eran otra cosa sino documentos escritos por parte del pretor (los magistrados romanos encargados de las labores judiciales) en los cuales establecía el desacuerdo de las partes; luego se nombraba un "iudex" (un "juez" que no era un funcionario público, sino un ciudadano común) quien resolvía el problema. Irónicamente, nació como un procedimiento "de segunda clase" por cuanto estaba dirigida a aquellas personas que no eran ciudadanos romanos, y poco a poco se fue instaurando como el procedimiento general.

³⁰ La *cognitio extraordinem* o "**procedimiento extraordinario**" es en el derecho romano el broche de oro, y el que cambia definitivamente la estructura procesal, asemejándolo a nuestro procedimiento actual. El nombre de "*cognitio extraordinem*" o fuera del proceso ordinario, se debió a que en plena vigencia del proceso formulario ordinario, fueron instaurándose otros, a partir de los albores del imperio, en los que no se respetaba la división en dos instancias procesales (la "*in iure*" instruida por el magistrado y la "*apud iudicium*" ante el Juez) sino que el mismo magistrado que conocía en la primera parte, la resolvía directamente sin dar paso a la etapa ante el Juez, para agilizar los procedimientos, sobre todo en cuestiones de alimentos o de estado.

³¹ En la actualidad, en nuestra legislación del Código Civil, a modo de ejemplo podemos hacer ver las siguientes presunciones *iuris tantum*: Artículo 311.- Para la calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes: 3.- Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior. Artículo 914.- Se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario. Artículo 915.- Si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario. Artículo 1139.- Se presume que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario. Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla. Artículo 1731.- Se presume que el

Entonces se tiene, que si bien en el Derecho romano no se conoció la figura de la presunción hasta los tiempos de Justiniano, no quiere decir que no existieran presunciones, ni que el *iudex* no hiciera uso de ellas, si no que no fueron conocidas en el sentido técnico por los clásicos. En el derecho justiniano se utilizó ya el instituto de la presunción como instrumento de técnica legislativa, aunque tampoco en esta época es posible hallar entre los romanos un concepto de presunción. Es en la Edad Media cuando la institución de la presunción alcanza su punto culminante, adquiriendo gran importancia en el procedimiento germano.

4.1.1. La presunción de paternidad en el Derecho Romano

La presunción de paternidad fue una de las presunciones que se puede rastrear su origen en Roma. Así, se puede leer en el digesto lo siguiente³²:

D.2,4,5: *pater is est quem nuptiae demonstrant*, (una excepción digna de tenerse en cuenta es el hecho de alcanzar algunos cargos sacerdotales) frente a la certeza natural de la madre: *mater Semper certa est*, y teniendo en cuenta la regla complementaria de que se nace dentro del matrimonio cuando los padres llevan al menos siete meses casados, o cuando se nace antes de los diez meses después de cesar el matrimonio.

El comentario que se encuentra presente en el libro IV del digesto le pertenece a Paulo, quién literalmente dice: *quia Semper certa est (mater): pater veri is est, quem nuptiae demonstrant*. Royo

comodatario recibe el bien en buen estado de uso y conservación, salvo prueba en contrario.

³² Lo que se presenta es la forma en que Martínez de Morentin Llamas (2007, 43) nos ha transcrito ese texto, por lo que también incluye sus interpretaciones y esclarecimientos.

Martínez (1949, 229) interpreta lo manifestado por Paulo diciendo que *ha de ser tenido por padre el varón casado con la madre*.

Ahora bien, los *legitimi* o *iusti* eran los hijos concebidos por personas unidas entre sí en *iustae nuptiae*. Entonces se suponía que si el hijo era procreado 182 días después del comienzo del matrimonio y antes de 300 días de que éste cese, el hijo era considerado del esposo de la madre³³. Para fijar tales fechas, los juristas romanos se basaron en la autoridad de Hipócrates y Pitágoras (*Vid. Martínez de Morentin Llamas 2007, 72*).

La presunción de paternidad legítima creada por los juristas romanos, **esto es el hijo alumbrado por una mujer casada se atribuye al marido de ésta**, hasta la fecha se encuentra vigente en diferentes Ordenamientos Jurídicos aunque con algunas modificaciones en cuanto al espacio de tiempo desde el nacimiento del menor que se establece para considerar aplicable la presunción. Así en el caso Peruano esta presunción se encuentra prescrita en el artículo 361° del Código Civil, en los términos siguientes: “*El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido*”.

Dicha presunción de paternidad es justificada por diferentes teorías; como son: **1)** la del atributo dominical del *pater familias*; **2)**

³³ Un dato curioso que merece ser mencionado es que, en el Derecho Romano existió un principio jurídico que no es concebible actualmente. Este consiste en que la unión entre un hombre y una mujer libres, entre los que no existe el *conubium* se presume que es matrimonio (Martínez de Morentin Llamas 2007, 78).

la de ser lógica consecuencia del matrimonio; y 3) la de preservar la paz y seguridad familiar.

La Teoría Dominical, consiste en que el hijo es del marido o pertenece al marido por derecho de accesión; puesto que le pertenece la madre, le pertenece el hijo, no en cuanto procreador, ya que aún no está muy clara esa relación, sino en cuanto *dominus*; sin embargo esta teoría a la actualidad sólo tiene valor anecdótico o histórico, ya que pertenece a estadios muy atrasados del desarrollo jurídico de algunos pueblos. **Las teorías basadas en el matrimonio**, llamadas “tradicionales” y la “del favor *legitimatatis*” por cuanto se sustentan en los deberes matrimoniales y en la comunidad de vida, son variadas; así algunas se basan en el deber de fidelidad de la esposa y en la presunción de inocencia de ella, otras en una doble presunción de hecho que es la cohabitación de los esposos y la de fidelidad de la mujer, otras se basan en la autoridad del marido o en la vigilancia que éste ejerce sobre la mujer, para algunos autores resulta sugestiva mas no convincente la idea de vigilancia que pudo desempeñar importante papel en la vida matrimonial en otra época pero que hoy resultaría incluso ofensiva para la mujer. **Y la teoría de preservar la paz y seguridad familiar**, sostiene que no corresponde cuestionar la validez del vínculo filiatorio paterno entre un neonato y el esposo de su madre, por cuanto con ello se resquebraja la seguridad familiar de unidad familiar basada en vínculos de confianza , siendo además que con ello se perturba la paz del núcleo familiar.

4.1.2. La presunción y la ficción en el Derecho Romano

Como es de verse, la presunción se presenta como algo distinto de la ficción. En efecto, no han sido, ni pueden considerarse que sean cosas iguales. Esto se debe a que una presunción parte de algunos supuestos que en virtud de los cuales, se vincula otro; en cambio, en la ficción no ocurre tal cosa. En efecto, “la presunción entraña la idea de probabilidad, mientras que la ficción, no. En el caso de la ficción estamos ante una invención” (Martínez de Morentin Llamas 2007, 49).

En el Derecho Romano, la ficción se presenta como un medio de técnica jurídica del que hace uso el pretor para obviar un obstáculo o un incumplimiento que se oponga a la concesión de una acción. Por ejemplo, la fórmula ficticia que daba lugar a la acción publiciana, se presentaba del modo siguiente:

Dicha acción se concedía por el pretor, a quién, privado de la posesión de una cosa que le había sido entregada en virtud de una *iusta causa traditionis*, pero sin las formalidades previstas para ello, no podía reivindicar por no haber transcurrido todavía el tiempo necesario para usucapir, pues sólo el transcurso del tiempo subsanaba ese defecto de forma. El pretor lo que hacía era conceder al propietario bonitario una acción ficticia, según el modelo de la *actio reivindicatoria* (que sólo la podía ejercitar el propietario quiritalio), en la cual, en la *intentio* de la fórmula, se le pedía al juez, que fingiera que había pasado el tiempo necesario para usucapir. (Martínez de Morentin Llamas 2007, 54).

Como puede apreciarse, en las ficciones precisamente lo que se hace es eso, es decir fingir, simular o aparentar que ha ocurrido algo, cuando en verdad no fue así.

4.2. La Presunción

4.2.1. Definición

La presunción es una forma de razonamiento deductivo que permite, sobre la base de un hecho previamente comprobado y establecido en el proceso, que se llama indicio³⁴, concluir en otro hecho cuya verdad se desconoce; pero dada la relación que tiene con el hecho conocido y probado en que se funda es muy probable que haya sucedido.

En similar sentido Devis Echandía, sostiene:

La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho, con fundamentos en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos. (Apud. Rodrigo s/a)

Entonces lo característico de las presunciones es que con ellas obtenemos ciertas conclusiones (que viene a ser un hecho, un acontecimiento nunca una idea ni un valor jurídico) a partir de una determinada información fáctica y a falta de otros datos, con la posibilidad de que modifiquemos esa conclusión si nos es proporcionada nueva información; es decir como lo expresa León Untiveros (2010, s/a) “*el razonamiento presuntivo general (y el legal) no es concluyente sino derrotable*”; así por ejemplo, el nexo

³⁴ El indicio es la materia en la que se apoya la presunción, aunque pertenecen a mundos distintos; es decir la raíz u origen de donde nace la presunción.

del hecho probado al hecho presumido puede romperse por las excepciones, o por la presentación de prueba en contrario. Por lo que cuando una presunción, se encuentre prevista en una disposición legal, se requiere que en ella figuren dos hechos: uno de ellos que deberá quedar completamente probado para que, a su vez se considere sucedido el segundo en mérito a la relación que éste tiene con el primer hecho.

4.2.2. Naturaleza Jurídica

El problema de la naturaleza jurídica de la presunción es muy discutido en la doctrina. El principal tema que se discute es *si son o no medios de prueba*. En todo caso, el hecho de no ser uniformes las presunciones, distinguiéndose las llamadas: a) judiciales, de hombre o simples; b) las legales; implicaría una naturaleza jurídica distinta para cada una de ellas.

Acerca de las primeras se dice que no son propiamente un medio de prueba, pues, del conjunto de indicios probados que cursan en autos, el Juez mediante una operación lógica obtiene una inferencia que le permite presumir el hecho indicado; en este sentido se dice que estas presunciones simples *son el resultado de los razonamientos probatorios del juez*.

Con relación a las segundas se dice que *son reglas jurídicas sustanciales* para la aplicación del derecho objetivo a ciertos casos concretos, cuyos efectos sustanciales se producen fuera del proceso y son reconocidos en éste, donde además influyen en la carga de la prueba, por ejemplo, el hijo de mujer casada es hijo del marido. Es un derecho sustancial del hijo matrimonial reputarse hijo de su padre desde el momento de su nacimiento, pero una vez que se discuta la legitimidad,

opera la presunción y produce un efecto procesal y fija los hechos, de manera que no requiere probar su condición de hijo. Ese doble efecto (sustancial y procesal), pone de manifiesto que no es un medio de prueba.

4.2.3. Clasificación

Se han realizado diversas clasificaciones de las presunciones. Rivera Morales (2009), siguiendo a Bello Lozano establece la siguiente clasificación:

Por Razón del Sujeto

1- *Las creadas por el legislador*, que son las presunciones iuris o legales.

2- *Las formadas por el juez*, presunciones de hecho u hominis.

Atendiendo a su Contenido

1- *Presunciones iuris et de iure*, que se establece como verdad incontestable la existencia legal del hecho deducido, y se rechaza toda discusión probatoria acerca de él. Este criterio es rechazado por algunos tratadistas.

2- *Las presunciones iuris tantum*, que la ley impone al juez que tenga por verdaderos los hechos que se deducen de ciertas pruebas circunstanciales, pero permite a los interesados demostrar la inexactitud de la inducción fundada en dichos hechos.

En Razón de su Función

1- *Las presunciones judiciales* que se constituyen en medio de prueba con la finalidad de averiguar la verdad. No influyen en la carga de la prueba, pero sí en la valoración, puesto que al aplicar los

principios de experiencia pueden determinar si un hecho se encuentra o no probado. En este caso para, que las presunciones judiciales operen con base en hechos conocidos, es indispensable que se hayan probado plenamente. Aquí el enlace entre el hecho base y el presumido lo establece el juez en forma probable o posible.

2- *Las presunciones legales iuris tantum* que conllevan la finalidad de servir de desplazamiento de la carga de la prueba. En realidad, así lo sostiene el maestro Devis Echandía (Apud Rivera Morales, s/a), no hay propiamente un desplazamiento, sino que se libera, dispensa o alivia la carga de probar a la parte favorecida con ellas. En este tipo de presunción, el enlace entre el hecho base y el presumido lo establece la ley en forma provisional o relativa.

3- *Las presunciones iuris et de iure* que excluyen la prueba. Que no es otra cosa que eliminar el hecho presumido del presupuesto fáctico para la producción de los efectos jurídicos perseguidos por quien las invoca. En esta presunción la relación de enlace entre el hecho base y el presumido, también, lo establece la ley, pero en forma definitiva y absoluta.

De lo expuesto en los numerales 2 y 3 anteriores se puede deducir que: quien alega una presunción legal *iuris tantum o iuris et de iure*, debe probar plenamente y por los medios conducentes los hechos que sirven de base a la presunción, es decir, aquellos que son el presupuesto para su aplicación, por ejemplo, el matrimonio y el nacimiento, para la presunción de paternidad del hijo de mujer casada; los actos de utilización económica para la prueba de la posesión agrícola.

En Razón del Campo del Derecho

1- *Presunciones que regulan situaciones jurídicas sustanciales*, por ejemplo, artículo 165° del Código Civil, que prescribe “*Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos*”

2- *Presunciones que regulan situaciones jurídicas procesales*, por ejemplo, se presume convalidado un acto nulo cuando en la primera oportunidad no se opone dicha nulidad.

4.2.4. La Estructura Lógica de la Presunción

En esta sección intentaremos dar una forma “lógica” al razonamiento que adquieren las presunciones. En vista a nuestro tema de estudio vamos a tratar únicamente de las presunciones legales, es decir de las inferencias que la Ley obliga hacer al Juez.

En ese sentido, aclaramos que cuando nos referimos a la “forma lógica” únicamente nos vamos a referir a los argumentos deductivos que el legislador ha creído conveniente imponer al Juez para la resolución de un caso. Así, utilizaremos a la lógica para ocuparnos de las formalidades del razonamiento, por cuanto, “la lógica tolera argumentos formalmente válidos independientemente de la verdad de sus premisas” (Bunge 2007, 126). La aceptación de la lógica como herramienta formal para la construcción de razonamientos adecuados es de suma importancia, pues se acepta que “es necesaria para el discurso racional, aunque resulta

insuficiente” (Bunge 2007, 126). De esto último nos ocuparemos en el siguiente apartado de esta tesis.

Podemos decir que para Stephen Toulmin (2007) las reglas de las presunciones legales tienen la siguiente estructura:

- a. Hecho base.
- b. Norma de presunción.
- c. Hecho presunto.

El sentido de la regla presunción es que probado el hecho base, de acuerdo con la norma de presunción, se daría lugar al hecho presunto. Como es de verse Toulmin se refiere a las presunciones legales, es decir a aquellas que obligan al juez a resolver de cierta manera, motivo por el cual podríamos eliminar de su estructura el criterio “b”, para colocarlo como un *metacriterio* y decir que *si existe una norma de presunción, el juez está obligado a acatar esa norma*, y ahora solamente analizaríamos el contenido de lo que nos quiere decir la norma.

León Untiveros, presenta en su artículo, destinado a analizar las presunciones en el procedimiento administrativo, una parte destinada a indagar la estructura formal que adquieren las presunciones. Así, él manifiesta que

En cualquier caso, las presunciones en general se fundamentan principalmente –aunque no exclusivamente– en un juicio de probabilidad o normalidad, fruto de la experiencia, sobre el enlace entre un hecho cierto (el hecho indicio o base) y un hecho que se toma como cierto (el hecho presunto). [...] Sin embargo, no debe confundirse esta vinculación con relaciones de causalidad, pues éstas son inexorables, mientras que en las

presunciones precisamente el nexo puede desvirtuarse o romperse por las excepciones. O lo que es lo mismo, el litigante perjudicado por la presunción podrá practicar prueba en contrario (2010, 3)

Este razonamiento podríamos decir que se cumple en cuanto a la presunción de paternidad contenida en el Art. 361° del Código Civil, la cual puede ser descompuesta en las siguientes premisas:

Hecho cierto: *hijo nacido durante el matrimonio (Pm) o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución (Pt).*

Es decir: (Pm v Pt)

Hecho presunto: *tiene por padre al marido (Q)*

Por lo que, la estructura lógica de la norma se puede representar así:

Si Pm v Pt | Q

Pero el razonamiento del legislador para resolver un caso contemplado por la norma presuntiva es del tipo de la inferencia llamada *modus ponendo ponens*, o *afirmando afirmo*. El cual nos dice que si afirmo el antecedente, el consecuente también será afirmado. Su estructura es la siguiente:

$$\begin{array}{c} P | Q \\ P \\ \hline Q \end{array}$$

En nuestro caso tenemos dos alternativas: la primera (Pm v Pt) |

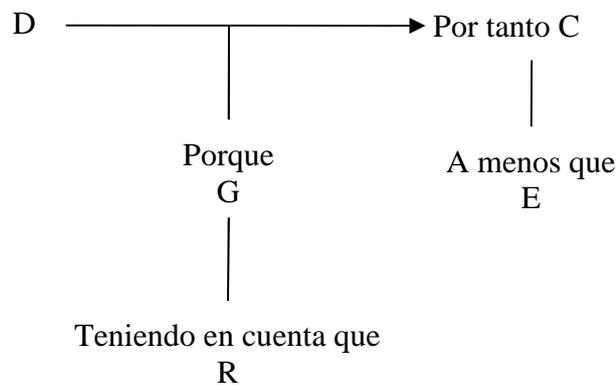
Q: Pm ⊢ Q y la segunda (Pm v Pt) | Q: Pt ⊢ Q

4.2.5. La Argumentación del Juez

Lo establecido anteriormente significa que ante un suceso donde se desee declarar la paternidad, y el juez se encuentre bajo cualquiera de estos dos supuestos: Pm (*hijo nacido durante el matrimonio*), o de no ser este el caso y nos encontraríamos bajo el supuesto Pt (*dentro de los trescientos días siguientes a su disolución*), ante cualquiera de estos dos supuesto que se le presenten al juez, él tendrá que decidir dictaminando Q (*el padre será el marido*).

Sin embargo, esta estructura no es tan simple y respondería al siguiente esquema propuesto por Toulmin (2007, 141):

Gráfico 2: Estructura de la Argumentación según Toulmin



En donde: D = datos, C = afirmación o conclusión que se establece, G = proposiciones de garantía, E = condiciones de excepción o refutación, y R = respaldo de las garantías.

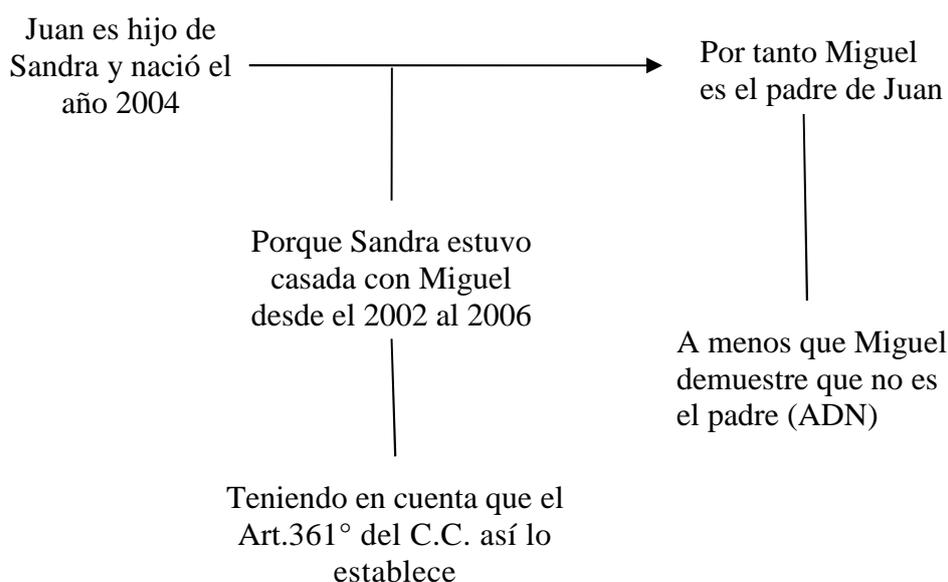
De donde se extrae, haciendo coherente con la estructura lógica de la presunción, que los datos más las proposiciones de garantía (D + G) constituyen el **hecho cierto** o base a probar, la

conclusión (C) es el **hecho presunto**; y el respaldo de las garantías (R) es la norma de presunción que contiene el hecho cierto (D+G) más la conclusión (c). Esto es :

$$\begin{array}{ccccccc}
 R & = & & D + G & + & & C \\
 \text{Norma Presuntiva} & & & \text{Hecho Cierto} & & & \text{Hecho Presunto}
 \end{array}$$

En ese caso, la argumentación del juez, para el caso que estamos tratando es del siguiente modo:

Gráfico 3: Estructura de la Argumentación en el caso de hijo nacido durante un matrimonio



Notamos entonces que aunque la presunción está presente en el Art. 361° del Código Civil, la argumentación del juez necesita tomar elementos fácticos (los cuales también se encuentran prescritos en el mencionado artículo) para poder determinar la filiación de Juan con su padre. En el siguiente capítulo veremos si esto es posible de hacer con la Ley 28457.

4.3. La presunción de la Ley 28457 y sus efectos en el derecho a la identidad

4.3.1. Análisis lógico de la Presunción de la Ley 28457

Como vimos en el apartado anterior, es posible presentar una estructura lógica de las presunciones, y en especial de la presunción de paternidad. Así, vimos que necesitaríamos un hecho cierto que origina un hecho presunto. Ahora bien, a diferencia del artículo 361° del C.C., la Ley bajo análisis no presenta de forma clara la presunción. Sin embargo, debemos recordar que al ser una disposición normativa, ésta muchas veces requiere de construcción. Efectivamente, se debe identificar a las normas “con los significados de las expresiones lingüísticas y no con éstas últimas. Esto significa que sólo se puede hablar de normas una vez que se haya interpretado de una manera unívoca las formulaciones normativas” (Alchourrón y Bulygin 2000, 135).

Si interpretamos la disposición normativa de la Ley 28457, diríamos que la norma dice: “ante una demanda de paternidad, será considerado como padre el demandado que **a)** sea señalado como tal por una prueba de ADN, o **b)** no se oponga dentro del plazo de ley al mandato Judicial declarativo de filiación”. Notamos entonces que en el supuesto a) no se presenta ninguna presunción, por cuanto la declaración de la paternidad no es un hecho presunto derivado del razonamiento lógico de un hecho cierto probado, sino por el contrario dicha declaración resulta ser un hecho cierto que ha sido acreditado por medio de un medio probatorio que resulta ser la

pericia herodobiológica de ADN; pero en el supuesto b), sí existe esta presunción, y es precisamente la que motivó esta tesis. Por lo que a continuación realizaremos el análisis de dicha presunción:

Hecho cierto: *demanda de filiación de paternidad de hijo nacido extramatrimonialmente y demandado no se opone al mandato judicial declarativo que lo instituye como padre.*

Hecho presunto: *se considera al demandado como padre del hijo extramatrimonial.*

Entonces nos damos cuenta que esta construcción lógica, también se ajusta al *modus ponendo ponens*, eso se debe a que, como se afirmó antes, la lógica es una disciplina formal y sólo se dedica a ver la coherencia de los argumentos. Pero sí queremos conocer la verdad de sus premisas debemos hacer un análisis a la referencia que tienen ellas.

Análisis del contenido de la Ley 28457

Luego de realizar el análisis de la estructura formal de esta ley, procederemos a conocer lo que ella nos dice. Recordemos que estamos dentro de las presunciones y éstas nos dicen que sirven para obtener “ciertas conclusiones a partir de una determinada información fáctica y a falta de otros datos, con la posibilidad de que modifiquemos esa conclusión si nos es proporcionada nueva información” (Untiveros 2010, 2). Siendo que dicha información fáctica (hecho conocido) tiene que señalar una relación

suficientemente relevante, a efectos de que a través de la inducción lógica, se establezca otra información fáctica (hecho probado) que muy probablemente haya sucedido.

En efecto, la Ley no toma en cuenta ninguna información básica que contenga una relación suficientemente relevante, que permita arribar a la presunción de paternidad y por lo tanto al otorgamiento de ésta. Así, la Ley sólo considera que exista los siguientes hechos: *demanda de filiación de paternidad de hijo nacido extramatrimonialmente y demandado no se opone al mandato judicial declarativo que lo instituye como padre*. Notamos pues que no hay un vínculo o relación fuerte que pueda servir como justificación para el otorgamiento de la paternidad, pues solo se hace referencia a dos hechos o conductas procesales (la del accionante que interpone la demanda de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, y la del demandado que no se opone al mandato declarativo filiatorio) las cuales resultan insuficientes para motivar un adecuado razonamiento de presunción de paternidad; por la inexistencia de vínculo relacional alguno entre una conducta procesal y la filiación de una persona. Mientras que en el caso del Art. 361° del Código Civil, sí existe este vínculo relacional entre el hecho cierto *-hijo nacido durante el matrimonio dentro de los trescientos días siguientes a su disolución-* y el hecho presunto *-es hijo del marido-*; por cuanto por el hecho del matrimonio los cónyuges se comprometen a cumplir con los deberes de cohabitación y fidelidad, por lo que de nacer un niño dentro de este vínculo matrimonial se origina la

probabilidad fáctica de que la concepción del menor es producto del marido y con ello el vínculo paternal.

Así es que, analizada Ley N° 28457, nos damos cuenta que contiene una presunción sustentada si bien en dos hechos ciertos, estos carecen de argumentos sólidos que racionalmente permitan inferir el hecho presunto de la paternidad del demandado. De ahí que, esta norma se convierta en una salida procesal mas no en una norma jurídicamente coherente, aún dentro de las presunciones (con la debilidad que estas presentan) al señalar un hecho como probable cuando en el campo de los hechos puede no haberse producido.

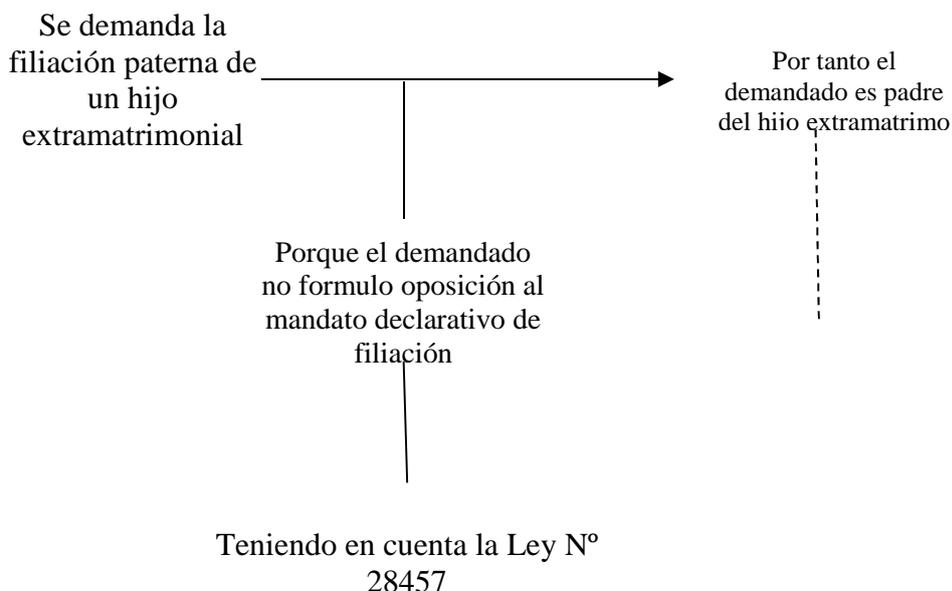
La Argumentación débil por parte del Juez

Según lo visto, en la parte correspondiente a la argumentación del juez (Ver. Numeral 4.2.5. del apartado 4. del Capítulo III), en este caso nos corresponde utilizar esos mismos criterios pero ahora aplicados a la Ley N° 28457.

El papel que le corresponde al Juez conforme a lo expuesto en la Ley N° 28457 es la de decidir sobre la paternidad de un hijo extramatrimonial; es decir, establecer el vínculo filiatorio entre el padre y el hijo extramatrimonial. Por lo cual, se espera que el juez realice una argumentación que permita establecer tal vínculo en función de unos acontecimientos fácticos unidos a lo establecido por la legislación. Sin embargo, la forma de argumentar que tiene

el juez está restringida por la Ley N° 28457, como veremos en el siguiente gráfico:

Gráfico 4: Estructura de la Argumentación teniendo en cuenta la Ley N° 28457



Notamos que los argumentos que puede esgrimir el juez para declarar la paternidad son muy débiles, pues aluden exclusivamente a hechos indicados en la Ley N° 28457 y estos hechos hacen sólo referencia a comportamientos procesales, el primero correspondiente a la interposición de la demanda y el segundo a la no oposición del demandado al mandato declarativo de filiación; los que no tienen relación alguna con la concepción del hijo extramatrimonial. Por lo cual resulta ilógico, que en mérito a dichos hechos procesales se establezca presuntivamente una relación paterno-filial.

Puede notarse entonces que la argumentación que realiza el juez en mérito a lo normado en la Ley N° 28457, no es una argumentación razonable que nos permita inferir con un grado de certeza, apreciable o probable, que tal persona es el padre. En la siguiente sección profundizaremos más en esto y, a su vez, lo relacionaremos con el derecho a la identidad.

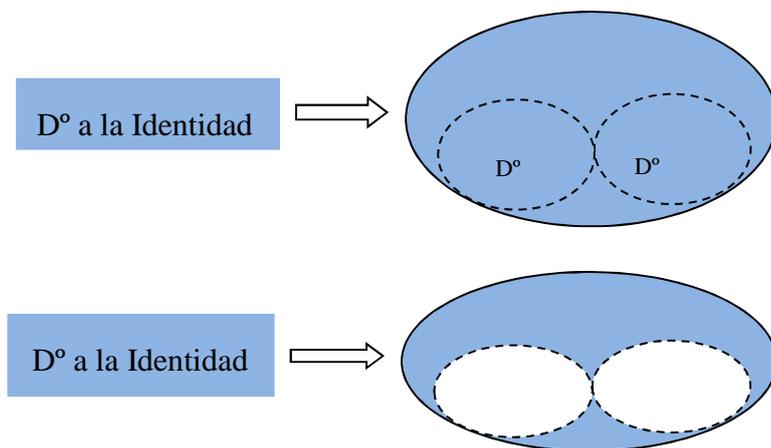
4.3.2. El hecho presunto de la Ley 28457 y el Derecho a la Identidad

Un punto de mayor importancia que debemos considerar es que, *el hecho presunto* -de declaración de paternidad del demandado respecto del hijo extramatrimonial- que contiene la Ley 28457, atenta contra el derecho a la identidad. En efecto, y como se ha demostrado en el apartado anterior dicho *hecho presunto* solo es consecuencia de dos *hechos ciertos* -interposición de la demanda y no oposición del demandado al mandato declarativo filiación- que carecen de sustento fáctico relevante a partir de los cuales resulte válido establecer como consecuencia lógica la declaración de filiación paterna; por lo que, al no ser la declaración de filiación paterna consecuencia de una presunción bien formulada, se origina con ello la existencia de dudas razonables respecto a la certeza del vínculo filiatorio declarado: lo cual, por lo demás, origina consecuencias transgresoras respecto al derecho fundamental a la identidad del hijo extramatrimonial en sus manifestaciones al derecho a la verdad biológica y al nombre, por cuanto existe la gran probabilidad que

la persona que ha sido declarada como su padre, en realidad no lo sea; negándose con ello, su derecho de conocer con certeza su origen biológico y quien es su progenitor –verdad biológica–, así como a llevar como apellido paterno el que verdaderamente le corresponde a su ascendencia paterna –derecho al nombre–.

En el apartado 2 del Capítulo III de esta tesis hemos desarrollado la forma en que se manifiesta el derecho abstracto de identidad. Así el derecho a la identidad se puede manifestar mediante el derecho al nombre (D° N) y el derecho a la verdad biológica (D° V. B.). Esto significa que si es que faltará tan sólo uno de estos elementos, estaríamos frente a una vulneración del derecho a la identidad. Lo manifestado podemos apreciarlo con mayor claridad en el siguiente gráfico:

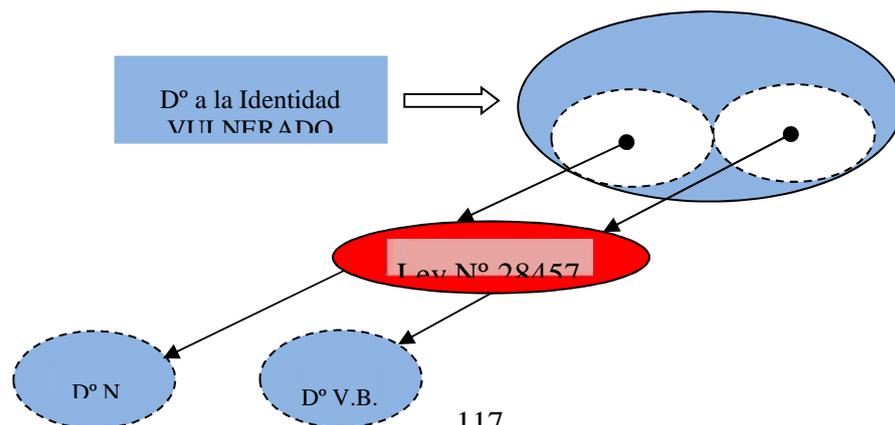
Gráfico 5: Derecho a la Identidad Vulnerado



En los gráficos notamos con toda claridad que ante la falta de alguno de los derechos mencionados, el derecho a la identidad se ve vulnerado, pues notamos que existe un vacío en él.

La ley N° 28457 al contener una presunción de filiación paterna irrazonablemente construida, transgrede así los derechos a la verdad biológica y al nombre del hijo extramatrimonial, preocupándose tan sólo del otorgamiento legal de un estatus jurídico filiatorio al hijo extramatrimonial, el cual en la realidad es muy probable que no exista. Y si fuera que la presunción de paternidad que contiene la citada ley se encontrara correctamente construida, por el sólo hecho de tratarse de una presunción, la cual sólo origina la probabilidad de que el hecho presunto puede ser verdadero, dejando con ello la incertidumbre de su certeza. Esto último resulta ya un acto lesivo a los derechos a la verdad biológica y al nombre como contenidos del derecho fundamental a la identidad, sobre todo porque en la actualidad existe la prueba biológica del ADN cuya aplicación determina la paternidad con un grado de certeza casi absoluto garantizándose que la filiación que se declare en mérito a ella, es la que verdaderamente le corresponde al hijo extramatrimonial, haciéndose con ello efectivos los derechos a la verdad biológica y al nombre que le corresponden a dicho hijo.

Gráfico 6: Derecho a la Identidad Vulnerado por la Ley 28457



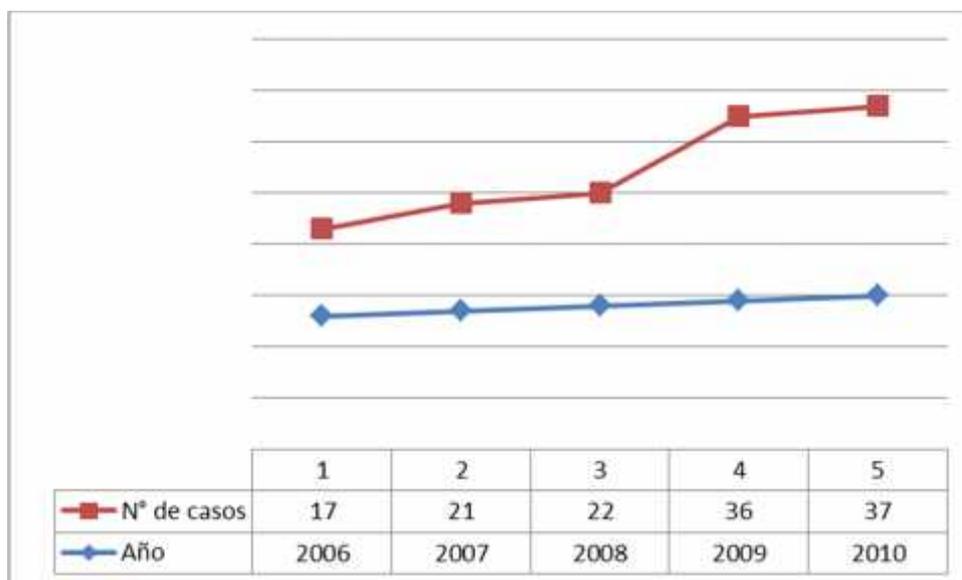
CAPÍTULO IV

EVIDENCIA PRÁCTICA DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 28457 EN LA PROVINCIA DE CHOTA DURANTE LOS AÑOS 2006 -2010

1. Resultados generales de los casos en Chota

Durante estos cuatro años, de los procesos sobre Filiación Judicial de Paternidad extramatrimonial tramitados al amparo de la Ley 28457 en el Juzgado de Paz Letrado de Chota, hemos obtenido que en total se tramitaron 133 procesos, de ellos, en el año 2006 se tramitaron 17, en el 2007 fueron 21, en el 2008 fueron 22, en el 2009 fueron 36 y, en el 2010 fueron 37. Estos resultados los presentaremos en el siguiente gráfico:

Gráfico 7: Evolución de los procesos en Chota



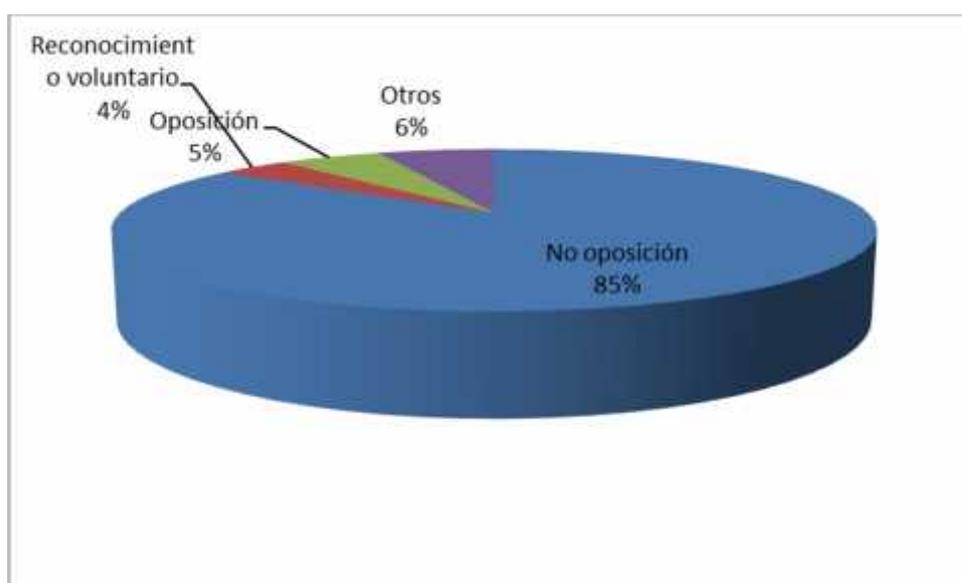
Fuente: Gráfico elaborado por la investigadora, en base al legajo de sentencias en materia de familia, existente en el Juzgado de Paz Letrado de Chota.

Notamos que a medida que avanza el tiempo, ha habido un incremento en el número de procesos presentados para reclamar filiación judicial de paternidad extramatrimonial, bajo los parámetros normativos previstos en la Ley N° 28457.

2. Modo de resolver los procesos iniciados

Del total de 133 procesos, en 112 el demandado no se opuso al mandato declarativo de paternidad, por lo que el Magistrado conforme al trámite prescrito en la Ley 28457 declara la paternidad del demandado respecto al hijo extramatrimonial, consecuentemente el demandado se convierte en “padre” por simple presunción. Únicamente en 5 procesos el demandado ha reconocido voluntariamente al hijo extramatrimonial. En 7 se presentó oposición y se realizó la prueba genética de ADN, dando como resultado que en 5 procesos se determinó científicamente que el demandado no era el padre y en 2 sí lo era. El resto de procesos, es decir 8, se encuentran paralizados o abandonados por la demandante.

Gráfico 8: Porcentaje del modo de resolver los casos en Chota

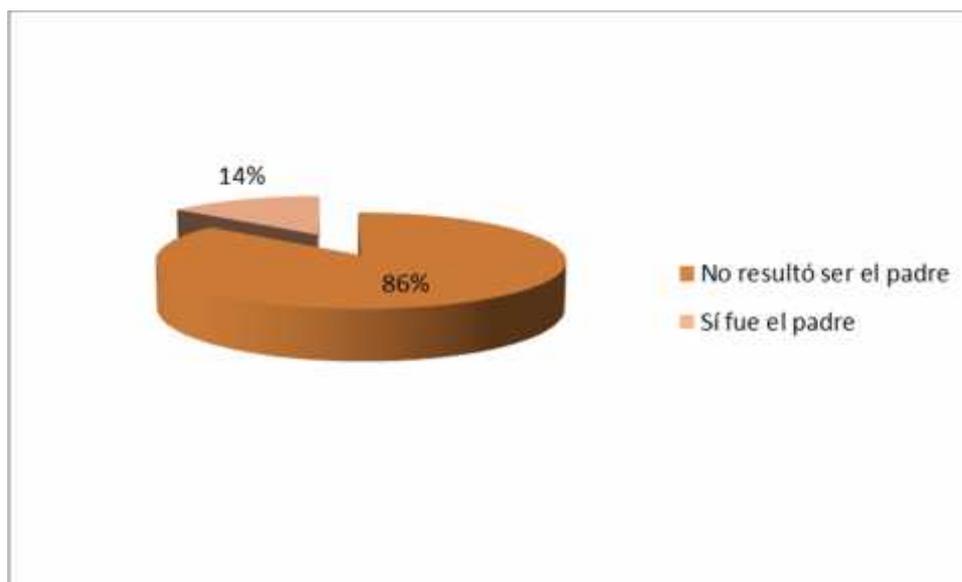


Fuente: Gráfico elaborado por la investigadora, en base al legajo de sentencias en materia de familia, existente en el Juzgado de Paz Letrado de Chota.

Como salta a la vista y conforme al gráfico 9, los casos de filiación extramatrimonial son resueltos mayoritariamente (85%) gracias a la presunción de paternidad, pues los demandados no han reconocido formalmente a sus hijos sino que al no haberse opuesto al mandato declarativo sometiendo a la prueba genética de ADN, dejaron que sea la propia ley la que los asigne como “hijos biológicos”.

Ahora bien, si solamente nos restringimos a quienes se opusieron y se realizaron la prueba del ADN los resultados son reveladores, pues, si los casos presentados en Chota los trasladamos a porcentajes, vamos a tener los resultados del gráfico 10.

Gráfico 9: Porcentajes de paternidad por ADN



Fuente: Gráfico elaborado por la investigadora, en base al legajo de sentencias en materia de familia, existente en el Juzgado de Paz Letrado de Chota.

Al igual que en el caso anterior, se puede notar con claridad que en su mayoría quienes se han opuesto no resultan siendo los padres. La diferencia entre estos resultados y los anteriores es que acá sí podemos hablar de resultados concretos y no de meras presunciones. En efecto, si nos animamos a interpolar estos dos porcentajes y si presumimos, como lo hace la ley, que estos mismos resultados

se replican en las presunciones, entonces de los 112 a quienes la ley les otorgó la calidad de padres, el 86% no serían sus verdaderos padres, esto es a 96 hijos extramatrimoniales su filiación paterna no les corresponde. Sin embargo, esto no lo sabemos con certeza.

Como puede verse, nuestra propuesta de realización obligatoria de la prueba del ADN tiene mucho sentido y mucha relevancia ante lo que viene ocurriendo en la realidad social; por cuanto se viene estableciendo el vínculo filiatorio paterno en mayor porcentaje basados en la presunción de paternidad que contiene la Ley 28457, esto es sin aplicarse la prueba genética del ADN y en los casos que se practicó dicha prueba el porcentaje de los que no eran padres es muy elevado. Lo que hace razonable determinar que en aquellos casos que se declaró la filiación por simple presunción, muchos de ellos, de aplicarse la experticia del ADN serían inexactos.

3. Adenda: casos tramitados en el Juzgado de Paz Letrado del módulo básico de Justicia de Santa Apolonia.

Como lo manifestamos, existe una tesis previa de Malca Pajares (2008) relacionada con nuestro tema, nos valdremos de su investigación para conocer la realidad que se presenta en un juzgado cajamarquino en relación con nuestra investigación. De modo tal que utilizaremos su información. Así, con toda claridad se indica que desde el 2005 al 2007 se tramitaron en total 32 procesos en el módulo básico de Justicia de Santa Apolonia.

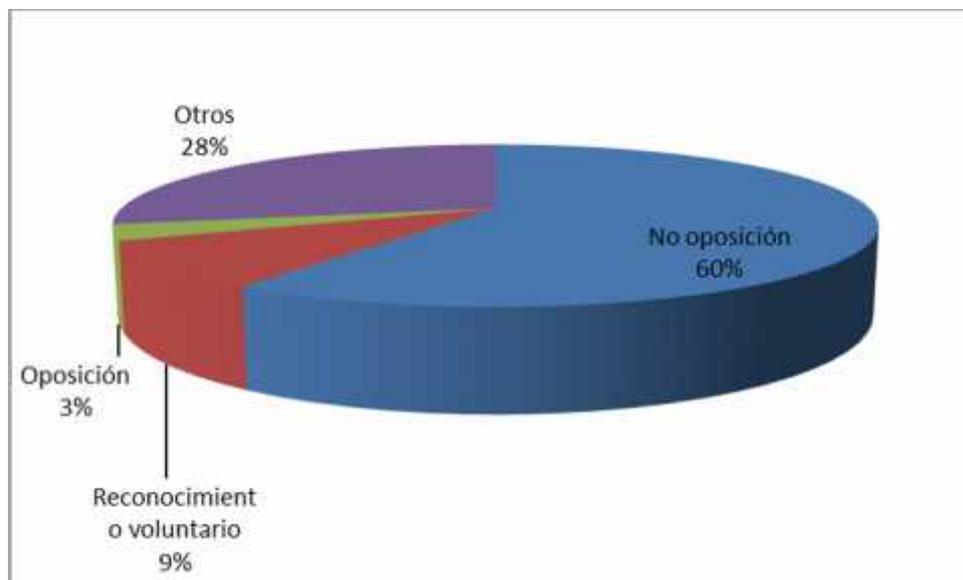
De ellos, en 19 no se presentó oposición al mandato declarativo de filiación, de modo tal que los demandados fueron declarados “padres biológicos”. Solamente en tres procesos el demandado ha reconocido voluntariamente al menor.

Hay cuatro procesos que se encuentran paralizados por no poder emplazar al demandado en su domicilio real o por desconocimiento de dicho domicilio. También hay dos procesos abandonados por la parte demandante. Además de que hay dos procesos paralizados por la oposición del demandante y se ha ordenado que se practique la prueba de ADN, la cual aún no se realiza por cuanto la demandante aún no cumple con pagar su costo.

En un proceso ha existido oposición y, por tal motivo se ha tomado las muestras del ADN, siendo el resultado negativo; motivo por el cual se ha declarado infundada la demanda. Y un proceso se encuentra en trámite.

A continuación vamos a presentar lo dicho en porcentajes para poderlos comparar con los datos obtenidos en Chota.

Gráfico 10: Porcentaje del modo de resolver los casos en Cajamarca



Fuente: Gráfico elaborado por la investigadora, en base a la información de la tesis de Malca Pajares (2008).

4. Comparación de la realidad de Chota y Cajamarca

Nos damos cuenta que en ambas realidades la filiación de paternidad extramatrimonial se la otorga mayoritariamente en mérito a la presunción contenida en la Ley 28457. Esto ocurre cuando el demandado no se opone al mandato declarativo de filiación dictado por el Juez de Paz Letrado en el auto admisorio de demanda. Significa entonces que un gran número de personas no tienen la certeza biológica respecto a la paternidad declarada a su favor, de igual modo, los presuntos padres no están seguros si en verdad los hijos extramatrimoniales beneficiados son sus hijos.

Consideramos que esta situación se puede ir reproduciendo en toda la realidad peruana, motivo por el cual es un punto a favor que sustenta nuestra investigación y que tendrá sumo valor para nuestra propuesta legislativa.

CAPITULO V

DISCUSIÓN DEL ANÁLISIS TEMÁTICO Y EVIDENCIA

PRÁCTICA

La presente investigación se realizó con el objetivo de determinar, ¿De qué manera la Ley N° 28457 “Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial” vulnera el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial? Para luego de verificar dicha vulneración, y con ello la invalidez de la ley por transgredir un derecho constitucional, establecer la modificación idónea a efectos de convertirla en válida. Por lo que para cumplir el objetivo trazado, nos hemos servido del análisis temático (expuesto en el CAPÍTULO III) y de la evidencia práctica de la aplicación de la Ley 28457 en la Provincia de Chota (desarrollado en el CAPITULO IV), los cuales nos han permitido obtener los siguientes resultados:

- J) La Ley 28457 contiene una presunción a efectos de declarar la filiación paterna del hijo extramatrimonial, consistente en que *“se declarará padre al demandado que no se oponga dentro del plazo de 10 días al mandato Judicial declarativo de Paternidad”*. Siendo que esta presunción de filiación se sustenta en dos hechos ciertos débiles, como lo son: a) existió una demanda y que, b) el demandado no se opuso al mandato judicial declarativo de paternidad, los cuales constituyen simples actos procesales de los cuales resulta irrazonable inferir que puedan dar origen a una declaración filiatoria pues no tienen relación alguna con la concepción del hijo extramatrimonial.

) Al contener la Ley 28457 una presunción de filiación paterna irrazonablemente construida, la filiación declarada origina dudas razonables respecto de su certeza y con ello la vulneración al derecho fundamental a la identidad del hijo extramatrimonial, en cuanto a su contenido del *derecho a la verdad biológica*, ya que existe la gran probabilidad de que la persona que ha sido declarada como padre del hijo extramatrimonial, en realidad no lo sea; negándose con ello su derecho a conocer su verdadero origen biológico y quien es su progenitor; además del *derecho al nombre*, por cuanto al hijo extramatrimonial se le priva de llevar el apellido paterno de quien verdaderamente es su progenitor.

Y en el supuesto negado de que dicha presunción se sustentara en un hecho base de mayor solidez, por el solo hecho de tratarse de una presunción de filiación paterna, se origina la probabilidad de que dicha filiación presunta no sea verdadera dejando con ello la incertidumbre de su certeza, constituyendo también ello un acto lesivo a los derechos a la verdad biológica y al nombre del hijo extramatrimonial; por ende al derecho fundamental a la identidad.

) Entonces al establecer la Ley 28457 que el Juez declare el vínculo filiatorio paterno entre el demandado y el hijo extramatrimonial, basado en una presunción, que en el campo de los hechos puede que no sea verdad; dejándose abierta una significativa posibilidad de que no exista una identidad biológica, con ello se conculca al hijo extramatrimonial su derecho a la identidad reconocido en el numeral 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, en cuanto a sus contenidos de derecho a la verdad biológica y al nombre.

-) Siendo ello así, la Ley 28457 es inválida; por cuanto nuestro Ordenamiento Jurídico se sustenta en la Teoría de la Supremacía normativa según la cual las normas inferiores, como la Ley N° 28457, no pueden transgredir una norma superior como la Constitución, de ser así dicha norma transgresora deviene en inválida.
-) Por lo que, al encontrarse el vicio de invalidez de la Ley 28457, en que está contiene una presunción de filiación que transgrede el derecho constitucional a la identidad, la solución para eliminar dicho vicio se encuentra en desterrar la presunción y reemplazarla por la actuación de la prueba biológica del ADN, con la que se establecerá con certeza absoluta la existencia o inexistencia de una relación paterno filial entre el demandado y el hijo extramatrimonial, por cuanto sólo los hijos pueden compartir el mismo material o código genético que sus progenitores; por lo que, de no existir similitud entre el código genético de una persona y otra se concluye fehacientemente la inexistencia de vínculo parental. Con ello se garantiza el derecho a la verdad biológica y al nombre del hijo extramatrimonial, lo que redundará en la protección de su derecho a la identidad pues dichos derechos son parte de su contenido.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Respecto a los resultados obtenidos, se debe indicar que las presunciones siempre existieron en el Derecho con el objeto de mitigar la difícil comprobación de algunos hechos; sin embargo dichas presunciones para su validez y aceptación deben estar correctamente construidas, esto es que el hecho presunto debe ser consecuencia de un hecho base de cuya interpretación se establezca que entre éste

y aquél existe una relación razonable que determina con gran probabilidad que el hecho presunto, en el campo de los hechos, existe o se ha producido.

Sin embargo no es un misterio señalar que dichas presunciones resultan ser salidas procesales válidas, siempre que no existan medios probatorios que permitan determinar con certeza un hecho. Es el caso de los avances científicos y tecnológicos cuya aplicación a la fecha van dejando atrás las presunciones para dar paso a las pericias científicas, las cuales determinan con certeza la producción de un hecho; por lo que, de existir estas últimas se debe aprovechar la información certera que brindan dejando a tras las anacrónicas presunciones que dan por cierto un hecho que en la realidad puede no haber sucedido. Si bien es cierto que dichas presunciones, resultaron medidas buenas para una determinada época, pero ya no en la actualidad pues existen las pruebas científicas que establecen con certeza absoluta la existencia o producción de un hecho, para así dar paso de la verdad legal a la verdad real y resolver la controversia judicial de forma correcta y justa, más aún si la actividad judicial tiene por primer objetivo la afirmación de la verdad, presupuesto esencial para la recta aplicación de la ley y, por consiguiente, de una justa sentencia.

En el caso de la Ley 28457, “Ley que regula la Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, contiene una presunción de paternidad irrazonablemente construida, por cuanto se basa en dos hechos ciertos de carácter procesal (como son: interposición de la demanda y no oposición del demandado al mandato declarativo de filiación) ajenos a una relación lógica de procreación, resultando ilógico presumir, a partir de ello, la existencia de paternidad; y en el caso de que dicha presunción estuviera bien formada, ello no desvirtúa que se trate de tan sólo una presunción de filiación paterna, la cual no otorga certeza respecto al

vínculo filiatorio declarado, por cuanto sólo existe la probabilidad de que exista una relación filiatoria cuando en la realidad no puede existir.

Sin embargo a la luz de los adelantos científicos, específicamente ante la existencia de la prueba heredobiológica del ADN la cual tras comparar el ADN de una persona con su presunto progenitor y al coincidir, se establece la filiación paterna o materna con una certeza mayor del 99,999% y al no coincidir el análisis comparativo genético se establece la inexistencia de vinculo filiatorio con una certeza del 100%. La presunción de paternidad establecida en la Ley 28457 solo determina una filiación legal mas no una verdadera filiación biológica, por lo que dicha presunción, además de anacrónica, deviene en transgresora del Derecho a la Identidad del hijo extramatrimonial que ha instaurado la demanda de filiación o a favor de quien se la ha instaurado, por cuanto la filiación declarada no obedece a un hecho cierto e inobjetable, como la existencia de una prueba de ADN, sino a una mera presunción que en algunos casos puede dar lugar a errores materiales, con lo cual existe la gran probabilidad de que la persona que ha sido declarada como su padre en realidad no lo sea, privándosele así de su derecho a ser tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es su padre y de conocer su verdadero origen biológico, y de otro lado, de su derecho de ser reconocido e identificado con el apellido paterno de quien verdaderamente es su progenitor. Todo esto ocasiona que se transgreda su derecho a la verdad biológica y al nombre que forman parte del contenido del derecho a la Identidad, mediante el cual se busca que a una persona se le reconozca por lo que verdaderamente es y por el modo de como es.

Esta declaración simplemente legal de filiación, ha sido constatada en la realidad de la Provincia de Chota (ver Capítulo III) por cuanto del 100% de procesos tramitados con la ley 28457 durante los años 2006 – 2010 esto es 133 procesos, 85% (112 procesos) han sido resueltos con la presunción de paternidad que dicha

ley establece y 4% (7 procesos) con la práctica del ADN. Siendo que de estos últimos, científicamente se determinó que 5 no eran los padres y 2 sí lo eran. Además debemos tener en cuenta que si extrapolamos³⁵ estos resultados científicos y presumimos que estos se replican a los 112 procesos en los que se declaró la paternidad por presunción, tenemos que el 86% de dichas declaraciones, esto es 96 personas declaradas por presunción como padres del hijo extramatrimonial no lo serían en la realidad; por lo que, en la provincia de Chota, existirían 96 personas a quienes se les ha realizado un reconocimiento legal de paternidad que no se condice con su verdadera realidad biológica o, en otros términos, existen 96 personas a quienes se les considera como padres de personas que realmente no son sus hijos.

Al contener la Ley 28457 una disposición transgresora al derecho fundamental a la identidad, reconocido en el numeral 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú; con ello también se vulnera la estructura unitaria del Ordenamiento Jurídico Peruano (ver apartado 2.1 del Capítulo II), por cuanto el complejo de normas que dan sentido al Derecho peruano deben encontrarse vinculadas entre sí, mostrando estricto respeto a la norma fundamental y fundamentadora que es la “Constitución”, por lo cual no pueden contradecir o desconocer los valores, principios y derechos que ella consagra. Así de existir una norma transgresora de la Constitución esta deviene en inválida (ver apartado 3.1 del Capítulo II). Es el caso de la Ley 28457 la cual al conculcar el Derecho a la Identidad reconocido en la Constitución Política del Perú, deviene en una Ley inválida.

³⁵ Según el Diccionario de la Lengua española, el término **Extrapolación**, en su primera acepción significa “*f. Aplicación de un criterio conocido a otros casos similares para extraer conclusiones o hipótesis*”. Edit. Espasa-Calpe, 2005.

Para convertir la Ley 28457, cuya invalidez ha quedado demostrada, en una Ley válida, corresponde estructurarla de acuerdo a la Constitución. Así se debe iniciar por desterrar el vicio de la presunción de filiación que transgrede el derecho a la identidad y establecer la disposición correcta que proteja este derecho. Y como ha quedado establecido, actualmente la forma más adecuada que garantiza con certeza la verdad del vínculo filial viene dado por la actuación de la prueba del ADN, con ello la certeza de la verdad biológica y consecuentemente la adquisición del verdadero apellido paterno, por lo que el derecho peruano no puede ignorar los avances de la genética y su relación directa en la protección de los derechos de la persona humana, resultando por ello imperativo que dicha prueba deba ser insertada en la Ley como presupuesto esencial para declarar la filiación demandada.

Ante ello, el Estado como protector de los derechos de los ciudadanos y garante del respecto al Ordenamiento Jurídico, tiene la obligación de otorgar las facilidades correspondientes a efectos de modificar la Ley 28457 con la promulgación de una “Nueva Ley que regule la Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial” que aproveche las oportunidades que brindan las pruebas biológicas para corregir las deficiencias del sistema de presunciones que a la luz de dichas pruebas deviene en anacrónico.

Por lo cual, en la nueva Ley se debe establecer como obligatoria la realización de la prueba genética del ADN. En ese sentido, en un proceso de filiación, el demandado deberá mostrar su disposición para someterse a la prueba biológica y, en caso de renuencia, el Juez debe hacer uso de su facultad coercitiva disponiendo la privación momentánea de la libertad del demandado a efectos de que se practique la experticia genética, restricción que resulta ser ponderada o proporcional (ver apartado 2.3 del Capítulo II) con el fin de proteger del derecho constitucional a la identidad, más aún si la prueba no resulta ser perjudicial al

demandado, por cuanto no constituye una prueba invasiva en la salud física o mental del mismo, y por cuanto los derechos fundamentales de las personas no son absolutos y pueden limitarse por razones de Orden Público, como en el presente caso, en donde existe el interés social de que se respete el derecho a la identidad de las personas, determinándose fehacientemente una paternidad controvertida. Con ello también el Estado hace efectivo su deber de actuar bajo la inspiración del principio del paternalismo jurídico (ver apartado 2.2 del capítulo II), por cuanto es perfectamente posible la intervención estatal disponiendo, a través de los magistrados, la restricción del derecho a la libertad ambulatoria del demandado en pro de su propio bienestar, por cuanto al establecerse con certeza la inexistencia de vínculo filiatorio, respecto del hijo extramatrimonial que se le atribuye se le va a evitar toda una vida de responsabilidades paternas y hereditarias.

Por todo lo anteriormente expuesto, se tiene que la investigación ha cumplido con su propósito pues se ha verificado que la Ley 28457 es inválida, al contener una presunción de filiación paterna que transgrede el Derecho a la Identidad del hijo extramatrimonial, derecho reconocido en el numeral 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú; así mismo se ha cumplido con señalar como modificación idónea de dicha Ley, a efectos de convertirla en válida, la instauración en el proceso de la actuación obligatoria de la prueba de ADN y, en el caso de que el demandado mostrara su renuencia a ello, disponer la restricción momentánea de su libertad a efectos de practicar la experticia genética.

Así mismo, se ratifica la justificación de la investigación, pues con ella y con la propuesta legislativa que proponemos; se obtiene el respeto al derecho fundamental a la identidad y con ello la observancia de las normas constitucionales, otorgando la seguridad a la sociedad de que una institución tan importante como la

Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, va ser aplicada garantizando los derechos fundamentales del hijo extramatrimonial.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

CONCLUSIONES:

1. Se ha establecido que la Ley N° 28457 “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, vulnera el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial, pues transgrede sus derechos a la verdad biológica y al nombre.

Esto se debe a que permite que se declare la filiación paterna del hijo extramatrimonial por simple presunción que, en el campo de los hechos puede que no sea verdad, cuando el demandado no se opone a la declaración de paternidad; originándose con ello la posibilidad de que la persona que ha sido declarada como padre del hijo extramatrimonial no lo sea, privándosele así a este último de su **derecho a la verdad biológica** es decir a ser tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es su padre y de conocer su verdadero origen biológico, así como de su **derecho al nombre** pues probablemente no sea reconocido e identificado con el apellido paterno de quien verdaderamente es su progenitor.

2. Se ha determinado que del 100% de procesos (esto es 133 procesos) tramitados con la Ley N° 28457 ante el Juzgado de Paz Letrado de la Provincia de Chota, departamento de Cajamarca durante el periodo 2006 - 2010; el 85% (112 procesos) se han resuelto con la presunción de paternidad que dicha Ley establece esto es, se ha declarado la filiación de

paternidad sin la valoración de la prueba de ADN, y el 4% (7 procesos) han sido resueltos en mérito a la prueba de ADN, siendo que de este último porcentaje el 86% (es decir en 5 casos) se demostró científicamente que el demandado no era el padre y sólo en el 14% (esto es 2 casos) se estableció que el demandado si era el padre. Si extrapolamos estos dos últimos porcentajes científicos y presumimos que estos mismos resultados se replican en los 112 procesos resueltos con la presunción de paternidad, tenemos que **probablemente** en el 86% de dichos procesos, esto es en 96 procesos, el demandado que ha sido declarado como padre del hijo extramatrimonial, en realidad no lo sería.

3. El mecanismo correcto a efectos de proteger el Derecho a la identidad del hijo extramatrimonial, se encuentra en eliminar la presunción de paternidad que contiene la Ley N° 28457 y disponer la práctica obligatoria de la prueba del ADN, con la cual se establecerá una certeza absoluta respecto a la paternidad o exclusión de ella del demandado respecto al hijo extramatrimonial. Y en el caso que el demandado se muestre renuente a la práctica de dicha prueba el Juez, haciendo uso de su poder coercitivo, estará en la obligación de disponer la restricción momentánea de la libertad del demandado a efectos de llevar a cabo la experticia genética. en cuanto a sus manifestaciones del derecho a la verdad biológica y derecho al nombre

Propuesta que es constitucionalmente posible pues resulta ser una medida proporcional y razonable respecto al derecho constitucional a la identidad que se protege y por cuanto se encuentra inmersa dentro de las propuestas de la teoría del paternalismo jurídico.

RECOMENDACIÓN:

Mientras esté vigente la Ley 28457 “Ley que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, consideramos necesario propugnar su modificación legislativa con el objeto de mejorar su regulación, expulsando aquellas disposiciones normativas que determinan su invalidez al permitir la transgresión del derecho fundamental a la identidad del hijo extramatrimonial. Entre las modificaciones inmediatas a efectuarse, proponemos las siguientes:

- A. Eliminar la irrazonable presunción de paternidad que contiene dicha ley, la cual se presenta cuando: *existiendo una demanda de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial y el demandado no se opone al mandato declarativo de filiación se presume que éste último es padre del hijo extramatrimonial.*
- B. Establecer como obligatoria la realización de la prueba genética del ADN, a efectos de garantizar que la paternidad declarada obedezca certeramente a la existencia de vínculo filial entre el demandado y el hijo extramatrimonial.
- C. En el caso que el demandado se muestre renuente a que se le practique la prueba genética el Juez de Paz Letrado, ejerciendo su facultad de coerción, debe disponer su momentánea privación de la libertad a efectos de que se practique la experticia genética.

Con las modificaciones antes señaladas, se protege el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial; por cuanto la filiación paterna que se le otorgue o declare será la que verdaderamente le corresponde, garantizándose así su derecho a la verdad biológica y al nombre.

CAPITULO VII

PROPUESTA LEGISLATIVA

1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1.1. Introducción

El 06 de enero de 1999, mediante la Ley N° 27048 se incorpora al Art. 402° del Código Civil el inciso 6, a través del cual se señaló las pruebas biológicas como nueva causal para determinar la paternidad extramatrimonial. La prueba biológica del ADN (ácido desoxirribonucleico) garantiza la certeza casi absoluta del vínculo filiatorio, al proporcionar una probabilidad de verdad del 99.999%; por lo cual resulta una exigencia dejar a tras la verdad legal, basada en el anacrónico sistema de presunciones de paternidad, para dar paso a la verdad biológica, ya que el derecho no puede ignorar los avances de la genética y su relación directa en la protección de la persona humana, al determinar con certeza su filiación paterna, garantizando así su derecho a la identidad.

Ley N° 27048 trae consigo un trámite judicial apabullante en razón de que el proceso es complejo y complicado; además que luego de su promulgación se hubo incrementado, de manera desmedida, los procesos de paternidad extramatrimonial. Este contexto originó que el Estado Peruano tome medidas para atenuar dicha realidad, promulgándose el 8 de enero del 2005 la Ley N° 28457, con la cual se estableció un proceso judicial especial que busca determinar de manera urgente y rápida la

filiación judicial de paternidad extramatrimonial, basada exclusivamente en la prueba biológica del ADN.

Sin embargo, dicha Ley N° 28457 contiene un dispositivo legal que transgrede el derecho fundamental a la identidad. Así, esta Ley establece, en su Art. 1° (segundo párrafo) “Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad”, esto significa que ante la no oposición al mandato judicial de declaración de paternidad del presunto padre demandado, por la sola exigencia de la norma, se determina la filiación de paternidad, continuándose así con las desfasadas presunciones; no obedeciendo la filiación declarada a criterios científicos-biológicos, los que determinan certeramente el vínculo paterno filial.

Por lo expuesto, con la dación de la ley N° 28457 se dio un gran avance en materia de filiación paterna; sin embargo, esta ley contiene el vicio de la continuación de presunción de paternidad, vicio que vulnera el derecho fundamental a la identidad; lo que significa que dicha Ley es inválida. Por lo dicho la presente Ley pretende dar una salida a tal fenómeno.

En ese sentido, y al ser la prueba del ADN la que con mayor certeza establece las relaciones filiales en nuestros tiempos, se ha considerado que, para salvaguardar el derecho a la identidad del menor, deberá ser de uso obligatorio para todos los procesos de filiación extramatrimonial.

1.2. Contenidos

El primer problema con el que nos enfrentamos cuando queremos proponer una ley que pretenda regular y modificar los comportamientos actuales, es el saber si es que es posible pasar del *ser* al *deber ser*. Este problema fue planteado inicialmente por Hume y plantea más de una dificultad. Aceptamos tal problema pero no profundizaremos en su solución porque su estudio merecería por sí solo una nueva tesis.

Sin embargo, para esta tesis no debemos olvidar que tenemos que tener en cuenta que una propuesta de Ley debe cumplir con ciertas características, las cuales son descritas por Aníbal Torres Vásquez, quien nos dice que la nueva Ley deber ser

expresada en un lenguaje adecuado, de significado preciso y constante, procurando la claridad y prefiriendo la sencillez al exagerado tecnicismo, puesto que la ley se presumirá conocida por todos, sin que nadie pueda excusarse de su cumplimiento. (1999, 776)

Entonces, en virtud de ello, presentamos en este capítulo el proyecto de Ley; sin embargo, antes de hacerlo vamos a discutir algunos aspectos que pueden generar polémica en la propuesta.

1.3. Privación momentánea de la Libertad Vs. el Derecho a la Identidad analizada según la Teoría de la Proporcionalidad

La propuesta legislativa que presentaremos puede generar desacuerdos y por ello ser motivo de discusión, por cuanto podría objetarse que la privación compulsiva de la libertad, para la toma de la

muestra de ADN, vulnera el derecho fundamental de la libertad ambulatoria del demandado. Al ser esto así, se ha creído conveniente analizar nuestra propuesta para ver la pertinencia de su constitucionalidad.

En la actualidad, la forma en que se viene determinando la constitucionalidad de las Leyes, cuando en éstas se enfrentan dos derechos fundamentales, es mediante el test de proporcionalidad. Este test nos ayudará a conocer y saber si nuestra propuesta es válida. En este sentido, Fernández Nieto define a la proporcionalidad como:

la prueba que debe superar toda medida restrictiva de un derecho constitucional, desde la decisión gubernamental que prohíbe una manifestación en la calle a la resolución judicial que ordena un cierto examen o intervención corporal en un imputado, pasando por la ley penal que establece una determinada privación de libertad como castigo de cierta conducta. (Ruiz Ruiz y Torre Martínez 2011, 28)

Además del contenido doctrinario de la cita anterior, en nuestra legislación es perfectamente aplicable, tal cual lo hizo ver nuestro Tribunal Constitucional, en el fundamento 195, de la sentencia recaída en el expediente N° STC 0010-2002-AI.

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.

Se nota entonces que resulta correcto emplear la proporcionalidad³⁶ para el presente caso. Entonces, en las líneas siguientes, utilizaremos los conceptos vertidos en el marco teórico (ver. apartado 2.3 del Capítulo II) para hacerlo.

1.3.1. Examen de Proporcionalidad entre Privación Momentánea de la Libertad y derecho a la identidad

A. Juicio de Adecuación o de Idoneidad

Este criterio se refiere a la identificación de un fin de relevancia constitucional y para verificar si la medida examinada es adecuada para lograr un fin de relevancia constitucional. Este filtro se utiliza pues es posible delimitar algún derecho en favor de otro; sin embargo, “si el afectado tiene que soportar una restricción de su derecho, por lo menos, se espera que el medio pueda *fomentar* el logro del fin” (Clérico 2010, 118-119).

Esto, el Tribunal Constitucional peruano lo expresa así: “La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin” (Expediente N° 00045-2004-PI/TC).

³⁶ El principio de proporcionalidad es uno solo y se incluye el mismo dentro de él, pero ahora formado parte de sus tres sub-principios. Así nos lo hace ver Alexy cuando manifiesta que “el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se sigue lógicamente de la definición de los principios, y esta definición se sigue de aquel” (Alexy 2010, 14).

Como vimos en los capítulos anteriores, el derecho a la identidad es un derecho que está constitucionalmente reconocido y que ha motivado más de una sentencia del TC para defenderlo. En nuestro caso lo hemos identificado con dos derechos: el derecho al nombre y a la verdad biológica. Así es que el fin será la protección de este derecho y el medio de protegerlo será mediante la prueba del ADN. Su idoneidad la discutiremos a continuación.

La idoneidad de la obligatoriedad de la prueba de ADN

La prueba del ADN, analiza la información genética del hombre y la mujer que se traslada en el ácido desoxirribonucleico (ADN). Esto se debe a que

Los cromosomas humanos son los empaques que acomodan y contienen el ADN de cada individuo. Ese contenido genético del ADN es la expresión hereditaria recibida a partes iguales de ambos padres. Como resultado de esas aportaciones, es que podemos identificar la composición del material genético de los padres en el ADN del hijo. (Costas Lugo 1998, 338)

Esto significa que esta prueba nos permite conocer a los padres de un determinado individuo, pues su análisis consiste en obtener el mapa genético de la persona y compararlo con el del supuesto hijo; es así que los datos obtenidos permiten arribar a la afirmación o negación de la paternidad o maternidad.

Se podría entonces alegar diciendo que el mismo efecto se produce en la actualidad con la Ley vigente de filiación extramatrimonial, sin embargo, no debemos olvidar que en tiempos actuales no se debería optar por las presunciones para el otorgamiento del vínculo filiatorio. (ver. Capítulo IV)

Entonces, por lo manifestado, la medida que proponemos, en nuestro proyecto de ley, supera el test de idoneidad, por cuanto garantiza la protección al derecho a la identidad. En efecto, como se manifestó, si es que la persona no se presenta por su propia cuenta a realizarse la prueba genética de ADN en el proceso Judicial de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, el Juez está facultado para hacer que se le prive momentáneamente su libertad, con la finalidad de la realización de la mencionada prueba, garantizándose cabalmente con ello que la decisión judicial final a dictarse se sustente en la prueba heredobiológica, protegiéndose así el derecho a la verdad biológica y, a su vez, el derecho al nombre.

B. Juicio de Necesidad

Ahora bien, necesitamos la identificación de medios hipotéticos alternativos que también pretendan darle solución al problema que se presenta en cuanto a la vulneración al derecho de identidad. En efecto,

mientras que el juicio de idoneidad se orienta a establecer la eficacia de la medida enjuiciada, el de necesidad se configura como un examen de su *eficiencia*, es decir, de su capacidad, en comparación con otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio posible de otros principios en juego. (Lopera Mesa 2010, 164)

Entonces la pregunta que debemos hacernos es ¿de qué otro modo se puede garantizar el derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales no reconocidos? En realidad, tal y como se viene manifestado durante toda la tesis, el método actual más idóneo para poder establecer con certeza el vínculo filiatorio es la

prueba del ADN, es así que no existe otro medio que posea su grado de eficiencia.

La otra pregunta que se debe responder es: ¿existe otro medio a parte del de privación de la libertad momentánea para la realización de la prueba? Bien, al respecto debemos aclarar que nuestra propuesta se maneja bajo dos supuestos de un origen en común. En efecto, el espíritu de la ley busca que no se vulnere el derecho a la identidad y que por tanto, siempre exista una certeza contundente sobre el vínculo filiatorio de las personas. Por ello, la propuesta le da obligatoriedad a la prueba del ADN. Ahora bien, la propuesta busca que el demandado acuda para realizarse de forma voluntaria la prueba, y, únicamente ante la renuencia de éste se procederá a la privación momentánea de su libertad para la realización de dicha prueba.

En la medida que la prueba del ADN es de carácter personalísimo y que por ello no es posible su realización de otro modo que no requiera a los involucrados en la demanda, no es posible prescindir de la concurrencia de los interesados. Además, se entiende entonces que esta medida es efectuada como último recurso y que además sólo tiene como finalidad que se le practique la toma de muestra al demandado. Motivo por el cual se considera que ha superado el juicio de necesidad.

C. Juicio de proporcionalidad

Pues bien, una vez que se han superado los juicios de idoneidad y de necesidad, y a la vez que se tiene identificado los dos derechos fundamentales que se enfrentan, nos corresponde hacer el juicio de proporcionalidad propiamente dicho. Es decir que lo que se hará será confrontar los principios jurídicos –derechos- en conflicto y establecer su relevancia de uno sobre el otro, en este caso concreto.

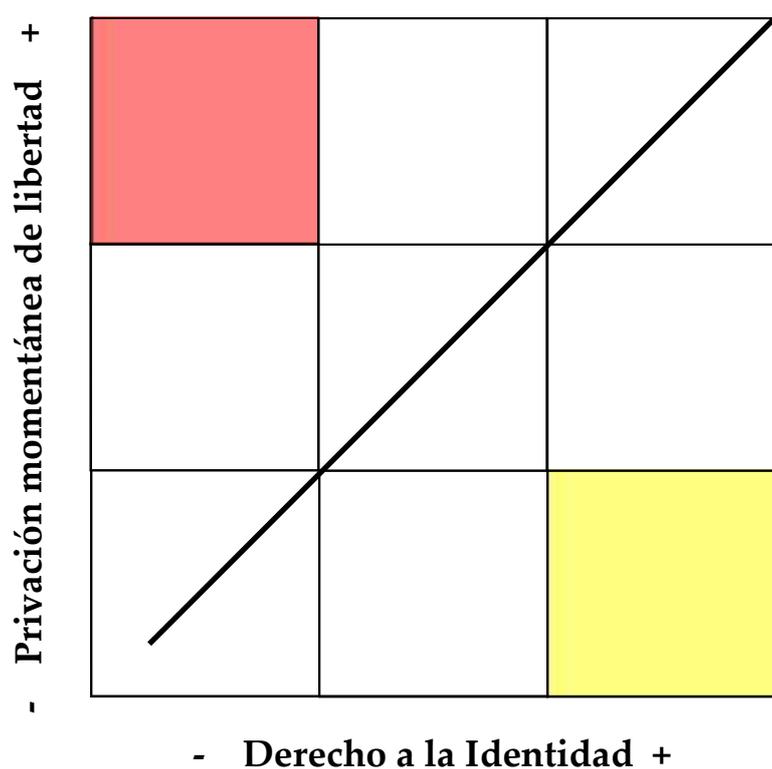
Este razonamiento nos conduce a decir que “sacrificamos” un derecho en beneficio de otro. Esto se debe hacer siempre y cuando no exista un “sacrificio” considerado como grave y en beneficio del otro derecho tutelado. Ese será nuestro límite.

En las secciones anteriores hemos identificado a la libertad personal como el derecho restringido. Frente a este derecho se encuentra el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial no reconocido. Así, si hacemos una relación directa como suele hacer nuestro TC³⁷, diríamos que *cuanto mayor es la intensidad de la privación momentánea de la libertad, tanto mayor será el grado de realización del derecho a la identidad*. Esta relación, fijada por el TC y la doctrina, se puede graficar como una línea ascendente en un gráfico de ejes. Esto nos permite ubicar zonas deseadas en donde no existiría inconstitucionalidad y zonas en donde sí.

³⁷ Ver los fundamentos 44 y 45 del Exp. 007-2006-PI/TC

Ocurre que cuando el beneficio esperado es leve y la privación del derecho grande, podemos considerar que existe inconstitucionalidad. Esto está de color rojo en el siguiente gráfico. Veamos.

Gráfico 11: Inconstitucionalidad y constitucionalidad de derechos



En el gráfico doce también se puede ver una zona amarilla, esta zona está opuesta a la roja y, por lo tanto, dará como resultado la constitucionalidad de la propuesta. Los otros cuadrantes merecerían una discusión individual. Si en nuestro caso nos encontramos dentro de uno de ellos, procederemos a hacerlo.

Como se aprecia en nuestra propuesta, lo que buscará la Ley es la privación compulsiva y momentánea de la libertad para llevar al demandado a realizarse la extracción de la muestra que permitirá

la realización de la prueba del ADN. Esto significa que esta privación de la libertad será momentánea y sólo en casos excepcionales, cuando el demandado se niega a realizársela por su propia cuenta. Esto significa que la intensidad de la privación de la libertad será leve.

Ahora bien, internacionalmente, el Tribunal Español ya ha emitido una jurisprudencia que puede ser útil para nuestro caso:

En cambio, la Corte se ha pronunciado en favor de la extracción compulsiva de muestras de ADN cuando ella debe realizarse para comprobar la identidad de un menor de edad. En el caso H., G. S., la Corte autorizó la medida de prueba. El Tribunal entendió que la medida sólo ocasionaría una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen. Se rechazó, asimismo, la aplicación al caso del precedente Bahamondez pues la negativa a la realización de la prueba no estaba dirigida al respeto de la zona de reserva e intimidad sino a obstaculizar una investigación criminal. La Corte consideró, además, que no se trataba de una práctica humillante ni degradante y que se encontraba en juego el derecho a la identidad de la menor. Tales principios fueron reiterados en el voto en disidencia de los jueces Fayt y Petracchi en el caso C., J. A.y, por todo el Tribunal en Guarino. (Centro Internacional para la Justicia Transicional 2009, 10)

Si bien es cierto que en nuestro caso no se trata de una investigación criminal, consideramos que el fondo del asunto: la extracción compulsiva de muestra de ADN, es perfectamente posible. Lo cual le da mayor solidez a la propuesta planteada. Sin embargo, para una mayor solidez vamos a utilizar la fórmula de peso que hemos desarrollado en el marco teórico y, lo haremos basándonos en lo hecho por Tello Moreno (2006).

Desarrollo de la fórmula de peso

El derecho a la identidad del menor será A, y el derecho a la libertad personal del demandado será B.

Análisis de A (derecho a la identidad)

a) La afectación al derecho a la identidad es intensa y tendrá por ello un valor de cuatro (4). Pues, como se vio la falta de realización del examen de ADN evita que haya certeza respecto a la filiación del menor, con lo que su derecho a la identidad no sería satisfecho, atrayendo innumerables consecuencias sobre su dignidad y desarrollo personal.

b) Para determinar el peso abstracto del derecho, tomamos en cuenta que el derecho a la identidad se encuentra expresamente contemplado en la Constitución y además se encuentra contemplado por la Convención de los Derechos del Niño, su peso abstracto es intenso es decir cuatro (4).

c) En cuanto a la certeza de la premisa empírica sobre la afectación del derecho, la definimos como segura por lo que le correspondería el peso de uno (1), en virtud de que sin la realización de la prueba de ADN, no existirá una verdad biológica que determine fehacientemente la paternidad y por lo tanto, la identidad del menor.

Análisis de B (derecho a la libertad e integridad personal)

a) Calificamos la afectación al derecho de libertad personal como media por lo que le corresponde el peso de dos (2), pues aunque existe una privación al derecho, ésta no supone ningún

riesgo, daño o peligro para el demandado; si acaso una ínfima molestia que como extracción de sangre, ha sido calificada como aceptable por la Comisión Europea de Derechos Humanos. Aparte, hemos de considerar que la realización de la prueba de ADN, ni siquiera implica una punción venosa, puede ser realizada con una muestra de saliva, de mucosa bucal o incluso con un cabello, por lo que la privación al derecho es instantánea, de carácter no permanente, no deja huella ni supone un procedimiento traumático. La privación causa efectos solamente sobre la voluntad de las personas, y en el ámbito jurídico son muchas las ocasiones en que la voluntad de los sujetos ha de adecuarse a lo ordenado por la Ley y el Estado, en función del interés público o el bien común.

b) En cuanto al peso abstracto del derecho a la libertad le otorgamos un valor intenso igual a cuatro (4), ya que se trata de un derecho de los llamados personalismos.

c) En tanto la certeza de la premisa empírica sobre la afectación del derecho, la consideramos como segura es decir pesa uno (1), pues el obligar a alguien a someterse a una prueba de ADN contra su voluntad, implica una privación al derecho a la libertad e integridad personal.

En ese sentido, finalmente tendríamos que:

$$\text{Peso de A} = \frac{4 \times 4 \times 1 = 16}{4 \times 2 \times 1 = 8} = 2 \quad \text{Peso de B} = \frac{4 \times 2 \times 1 = 8}{4 \times 4 \times 1 = 16} = 0.5$$

Por lo tanto, el peso de A, con relación a B, tiene una afectación de 2, mientras el peso de B, con relación a A, es afectado en 0.5, por lo que el derecho a la libertad personal del demandado, afectado en 0.5, no justifica la incertidumbre respecto del derecho a la identidad, afectado en 2, siendo este último el derecho que ha de prevalecer en la valoración del caso concreto.

Por otro lado, tal y como se ha visto en las secciones anteriores, existe una vulneración fuerte al derecho de identidad, pues con los avances producidos en la tecnología actual, no es posible que aún se la siga decretando por presunción. Frente a esto se presenta una vulneración leve del derecho a la libertad del demandado; motivo por el cual consideramos que se ha superado el test de ponderación, de modo tal que la propuesta planteada resulta siendo constitucional.

1.3.2 Examen de la privación momentánea de libertad según la teoría del Paternalismo Jurídico

Como vimos, a la teoría del paternalismo sostiene que es válido interferir en la libertad de las personas siempre y cuando se lo haga para cuidar de ellas³⁸. Si bien es cierto, nuestra propuesta resiste el test de proporcionalidad, sostenemos que la teoría del

³⁸ La definición utilizada de Gerald Dworkin es muy clara al respecto, pues este autor entiende al paternalismo jurídico como “La interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, el bien, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la persona coaccionada” (*Apud*. Alemany García 2005, 93).

paternalismo brinda nuevos argumentos para permitir la privación momentánea de la libertad de los demandados.

En efecto, según lo vimos, en Chota de los 112 demandados, a quienes la Ley les otorgó la calidad de padres biológicos, posiblemente no serían los padres. Esto significa que van a asumir todas las consecuencias legales que significa ser padre únicamente por no haber realizado, en el tiempo previsto, una oposición al mandato declarativo de paternidad, lo cual no es otra cosa que ocasionarse un “daño” a sí mismo. En ese sentido, le es factible intervenir al Estado en favor de estas personas aun privándolas momentáneamente de su libertad ambulatoria. Veamos pues la forma en que Tello Moreno nos presenta esta posibilidad:

A pesar de que la negativa del presunto progenitor a someterse a la prueba pericial genética del ADN —aún habiendo sido apercebido de las consecuencias jurídicas de su negativa— arroje suficientes motivos lógico legales para presumir la paternidad respecto del menor, es necesario mencionar que las motivaciones de la racionalidad humana escapan al derecho, y sería imposible afirmar que todo aquel que se niega a someterse a la realización de la prueba, aún a pesar del apercebimiento, es por ese simple hecho, el verdadero progenitor del menor de edad.

En muchos casos el presunto progenitor no tiene la certeza sobre la paternidad, acaso con su negativa sólo esconda el hecho de haber tenido relaciones sexuales con la madre del menor en un tiempo propicio para la concepción del niño, y la negativa a someterse al examen puede responder al temor sobre la posibilidad de ser el padre y no a la seguridad de serlo; por lo que en caso de mantener su negativa y presumirse la filiación, no existirá certeza sobre dicha paternidad, con lo que no se garantiza el derecho del menor a conocer su propio origen. (Tello Moreno 2006, 217)

Motivo por el cual consideramos que la retención momentánea del demandado, que podría ser de doce horas a lo máximo, le va a evitar toda una vida de responsabilidades paternales y hereditarias.

Estas últimas no sólo van a perjudicar al demandado sino también a todos sus herederos.

Como vemos, la teoría del paternalismo jurídico justificaría la intervención Estatal en todos estos casos, pues se estaría restringiendo un derecho en favor del mismo demandado. Así es que bajo esta teoría es perfectamente posible la intervención estatal con la privación momentánea del derecho a la libertad ambulatoria del demandado.

1.4. Facultad de los Jueces de Paz Letrado, para restringir momentáneamente la libertad

En nuestra propuesta será el Juez de Paz Letrado quien disponga el mandato para la restricción momentánea de la libertad del demandado con la finalidad de realizarle la prueba de ADN luego de que éste se haya negado hacérsela voluntariamente. En ese sentido revisaremos sus facultades actuales para conocer hasta qué punto nuestra legislación se lo permite.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 185° inciso 3, señala que una de las facultades del magistrado es ordenar la detención, hasta por veinticuatro horas, de quien en su despacho o con ocasión de las actuaciones judiciales, lo injurie, agravie, amenace o coaccione por escrito o de palabra; también puede ordenar la detención de aquel que promueva desórdenes en el despacho judicial o en una actuación procesal. Ahora bien, este artículo se debe complementar con lo que se establece en el Código Procesal Civil que, en su artículo 53° inciso 2, señala que el juez está facultado para disponer la detención, en los siguientes términos:

Artículo 53.- En atención al fin promovido y buscado en el Artículo 52, el Juez puede:

(...)

2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.

(...) El subrayado es nuestro.

Nos podemos dar cuenta que si hacemos una interpretación sistemática de las anteriores normas, notamos que el Código Procesal Civil amplía la facultad del juez de ordenar detención, porque en la Ley Orgánica del Poder Judicial la sanción está prevista para casos de agravio verbal o escrito al juez y/o promuevan desórdenes. En cambio, por el Art. 53° del Código Procesal Civil, además de los supuestos anteriores, se añade la posibilidad de detención en *caso de incumplimiento de mandato judicial sin justificación*; esto en virtud que el juez tiene la obligación de hacer que se respete la actividad procesal (Art. 52 C.P.C.); además si tomamos en cuenta la disposición tercera del título preliminar, en donde se señala que “el juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica”, notamos que el Juez de Paz Letrado esta perfectamente facultado para mandar la detención del demandado³⁹.

Sin embargo, a pesar de hacer ver que los Jueces de Paz Letrados están perfectamente facultados para disponer la detención del demandado renuente a someterse a la prueba de ADN, debemos hacer notar que en

³⁹ Debemos aclarar que el TC peruano distingue entre la *privación de la libertad* y la *restricción de la libertad*. En la primera estaríamos ante la presencia de una *detención* y por ello tendría que ser dispuesta por un juez competente, mientras que la segunda se trataría de un *arresto* permitido en los casos previstos en casos en que la Ley los señale. Ver el fundamento 7 de la sentencia recaída en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC.

nuestra propuesta únicamente hablamos de “conducción por fuerza para la toma de la muestra del ADN”. Este mandato del juez encuadraría más en lo que se llama, en la doctrina europea, *restricción momentánea de la libertad*. Por ello veamos qué significa restringir la libertad de una persona:

La doctrina emanada de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Casos Engel, Guzzardi y Ashingdane) y del Tribunal Constitucional Español, sostiene que la Restricción de la Libertad, son aquellas situaciones donde se produce una limitación de la libertad de carácter leve o poco intenso, realizadas con la finalidad de efectuar determinadas averiguaciones que no están vinculadas a un proceso penal actual o futuro sino al cumplimiento de la función preventiva policial y al mantenimiento del orden público o la seguridad ciudadana. (Díaz Vargas 2012)

Significa entonces que estamos ante un supuesto de menor fuerza que el de detención⁴⁰, por ello, si tomamos en cuenta el viejo adagio *maiori ad minus*; es perfectamente factible que los Jueces de Paz Letrados manden la toma de la prueba por conducción por fuerza a los demandados en caso de filiación; que más que ser una detención corresponde a una justificada restricción momentánea de la libertad.

1.5. Efecto sobre la Legislación Nacional

Nuestra propuesta legislativa va a derogar la Ley 28457, “Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”, de ahí que ese sea el efecto directo que tendría la aprobación y posterior

⁴⁰ Con toda claridad el Tribunal Constitucional Español ha admitido que una privación de libertad momentánea (para la práctica de la llamada “prueba de alcoholemia”) no constituye detención (ver las STC Español 103/1985 y 107/1985).

vigencia de nuestra Ley. Sin embargo, también podría darse el caso que para una mayor eficacia de dicha ley se tenga que modificar algunas otras normas. Esto último, no obstante, únicamente lo sabremos cuando la Ley ya se encuentre en plena vigencia.

1.6. Análisis Costo-Beneficio

El análisis costo-beneficio ha ingresado a la argumentación jurídica mediante la teoría del *análisis económico del derecho*. El derecho es un sistema de regulación de conductas y la economía le ayudará a entender la forma cómo los individuos se comportan, entonces el análisis económico nos ayuda a entender y prevenir las posibles consecuencias de este sistema regulatorio (Bullard 2009). Existen funciones y fundamentos internos en el derecho que hacen posible esta relación, veamos:

Las leyes al estipular una consecuencia jurídica para un supuesto de hecho proporcionan información relevante a tenerse en cuenta por las personas al momento de decidir. Le informa acerca del precio, que en requisitos, trámites y obligaciones, debe pagar para cumplir la ley. (León Leca 2004, 122)

Así es que, aunque es harto conocido por nosotros, las leyes influyen en las conductas de los individuos que pueden ser capaces de aceptarlas o no. Todo dependerá de varios motivos:

En efecto, para los ciudadanos, quienes son los que van a consumir la ley propuesta, lo único relevante son los alcances jurídicos de la norma, es decir, a qué está obligado o prohibido, y la posible sanción por su comportamiento en contrario. (León Leca 2004, 122)

Entonces el análisis costo-beneficio se tiene que realizar teniendo en cuenta todo el alcance teórico que nos brinda el *análisis económico del derecho*, una pregunta fundamental que se hace esta disciplina es la

siguiente: “¿Cómo dejo que los individuos lleguen a lo que ellos quieren?” (Bullard 2009). En nuestro caso tenemos un grupo de madres que esperan el reconocimiento de sus hijos extramatrimoniales por parte de sus padres, entendemos que el proceso debe ser considerado como última medida pues en primer lugar ellos, entre particulares, deben llegar a un acuerdo para el reconocimiento. De no hacerlo, es factible que acudan a la vía judicial.

Ahora bien, poner en funcionamiento la institución judicial es sumamente costoso, pero es asumido por el Estado, lo mismo ocurre con la institución policial. En ese sentido, nuestro proyecto de ley no acarrearía ningún otro costo que no haya sido previsto con anterioridad.

Pues bien, consideramos que de la forma en que ha sido planteada esta modificatoria a la ley puede traer un significativo beneficio por los siguientes fundamentos:

Primero, propiciará el arreglo previo entre los interesados con lo cual, ellos por su cuenta, pueden decidir la alternativa que les parezca más favorable.

Segundo, la consecuencia de lo anterior será que disminuya la carga procesal⁴¹. Sin embargo, se podría argumentar diciendo que lo mismo se presenta con la ley actual tal y como está formulada, pero eso no es correcto. No lo es pues nuestro proyecto pone un freno a las madres que demandan la filiación extra matrimonial, pues ellas sabrán de ante mano que siempre se va a realizar la prueba del ADN a los demandados y, en el

⁴¹ La cual, como lo parecíamos en el gráfico 8 se ha ido incrementando con el paso del tiempo.

caso de no demostrarse la paternidad, tendrán que asumir los costos y costas del proceso así como el pago del ADN en el caso que este se hubiera realizado por el Ministerio Público ante la renuencia del demandado, así es que será un factor que tendrán en cuenta al momento de demandar esta filiación.

Entonces, este cambio legislativo va a propiciar que exista un menor número de demandas presentadas, lo cual va a hacer posible que se aminore la carga procesal y por tanto exista una mayor dedicación para otros procesos. Puede verse que existe un beneficio para todos aquellos que han recurrido a los Juzgados de Paz Letrados y no solamente para el demandado de paternidad.

2.- TEXTO NORMATIVO PROPUESTO

LEY QUE DEROGA LA LEY 28457

“Nueva Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial”

Artículo 1.- Demanda, acumulación de pretensiones juez competente y pago del costo de la prueba de ADN

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

En este mismo proceso podrá acumularse como pretensión accesoria, 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 juez, además de expedir el mandato declaratorio de paternidad extramatrimonial, correrá traslado al emplazado de la pretensión de alimentos.

El emplazado tiene un plazo no mayor a diez días de haber sido notificado válidamente para oponerse al mandato declarativo ofreciendo como medio probatorio la prueba genética del ADN e indicando el laboratorio que realizará la prueba, y para absolver la pretensión de alimentos sujetándose a lo establecido en el artículo 565° del Código Procesal Civil.

El costo de la prueba es abonado por la parte demandada en el momento de la toma de las muestras o puede solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179° y siguientes del Código Procesal Civil.

Artículo 2.- La audiencia única

Artículo 2.- La audiencia única

El juez fijará fecha para la audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes de la notificación válida del emplazado.

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

Por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4, el Juez resuelve la causa.

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

Artículo 3.- Conducción por fuerza para la toma de la muestra

Si una vez fijada la fecha de audiencia única el emplazado no acude; el Juez está obligado a solicitar su conducción por fuerza para la toma de la muestra del ADN, la cual será realizada por el laboratorio del Ministerio Público contando para ello con el auxilio judicial correspondiente.

Le corresponde a la Policía Nacional trasladar al emplazado al juzgado con la finalidad de la toma de muestra. Todo este procedimiento no deberá durar más de 12 horas.

Artículo 4.- Declaración de paternidad

Si la prueba produjera un resultado positivo, la demanda será declarada fundada, constituyendo el mandato expedido declaración judicial de 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; así como al pago de la prueba genética realizada por el laboratorio del Ministerio Público en caso de que la prueba se haya realizado en mérito al mandato Judicial de restricción de la Libertad.

Si la prueba produjera un resultado negativo, el juez declarará infundada la demanda y dictará sentencia declarando también infundada la pretensión de alimentos, condenando a la parte demandante al pago de las costas y costos del proceso; así como al pago de la prueba genética realizada por el laboratorio del Ministerio Público, en caso de que la prueba se haya realizado en mérito al mandato Judicial de restricción de la Libertad.

Artículo 5.- Apelación

La declaración judicial de paternidad o su denegatoria, la resolución 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.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los (..) días del mes de (...) de (...)

LISTA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguirre Montenegro, Jorge. 2008. Prescripción extintiva. *Law&Juris Perú: Revista Jurídica Digital*.
<http://lawiuris.wordpress.com/2008/11/11/prescripcion-extintiva/>
(consultada el 17 de septiembre de 2010)
- Albuquerque Júnior, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *Artigos do Direito*. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10456/a-filiacao-socioafetiva-no-direito-brasileiro-e-a-impossibilidade-de-sua-desconstituicao-posterior>
(consultada el 10 de octubre de 2010).
- Alchourrón, Carlos E. y, Eugenio Bulygin. 2000. Norma Jurídica. En *El Derecho y la Justicia*, Ed. de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, 133-147. 2da. ed. Madrid, España: Trotta.
- _____. 1993. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos aires: Editorial Astrea.
- Alemaný Garcia, Macarío. 2005. *El concepto y la justificación del paternalismo*. Tesis de doctorado, Universidad de Alicante, España.
<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=14591&portal=4>(consultada el 01 de diciembre de 2010).
- Alexy, Robert. 1997. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- _____. 2002. *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Falta lugar: Edit. REDC.
- _____. 2010. La fórmula del peso. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, coord. Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro, 13-36. Lima, Perú: Palestra.
- Álvarez Álvarez, Miguel Adrián. 2002. *Las acciones de filiación en el derecho chileno*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales del autor en la introducción de este documento propiedad de la Universidad de Chile. Santiago de Chile.
http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2002/alvarez_m2/html/index-frames.html(consultada el 12 de octubre de 2010).
- Atienza, Manuel. 2004. *Bioética, derecho y argumentación*. Bogotá, Colombia: Palestra-Temis.
- Bernal Pulido, Carlos. 2003. *Estructura y Límites de la Ponderación*. Materiales de enseñanza del Programa de Actualización y Perfeccionamiento de la Academia

de la Magistratura. Curso de Especialización, Actualización y Perfeccionamiento para magistrados y auxiliares de justicia del Poder Judicial y del Ministerio Público - Razonamiento Jurídico 2009.

- _____. 2005. *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos Fundamentales*. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel.
- Bidart Campos, Germán. 1968. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Brena Sesma, Ingrid. 2004. *El derecho y la salud: temas a reflexionar*. México, D.F.: UNAM
- Bullard, Alfredo. 2009. Análisis económico del Derecho. Conferencia llevada a cabo el 28 de enero de 2009 en la Universidad Rafael Landívar de Guatemala. http://www.newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=An%C3%A1lisis_econ%C3%B3mico_del_Derecho (consultada el 28 de octubre de 2012).
- Bustmante Alarcón, Reynaldo. 2001. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima, Perú: ARA editores.
- Castañeda Otsu, Susana Inés. (Coordinadora). 2004. *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo 1. 2da ed. Lima, Perú: Edit. Juristas Editores E.I.R.L
- Centro Internacional para la Justicia Transicional. 2009. *Obtención de muestras de ADN en el proceso penal: memorándum para el Senado de la Nación Argentina*. <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/ICTJADNSenado.pdf> (Consultada el 12 de febrero de 2012).
- Clérico, Laura. 2010. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la influencia por omisión o defecto. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, coord. Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro, 115-156. Lima, Perú: Palestra.
- Costa Levy, Laura Affonso da. “A legitimidade ativa na ação de investigação de paternidade e seu exame frente ao art. 1.614 do Código Civil.” *Revista Artigos do Direito*. http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_10135/artigo_sobre_a_legitimidade_ativa_na_acao_de_investigacao_de_paternidade_e_seu_exame_frente_a_o_art._1.614_do_codigo_civil (consultada el 10 de octubre de 2010)
- Costas Lugo, Carolyn, 1998. Las pruebas de ADN y su justo valor probatorio. *Revista de Derecho Puertorriqueño* vol. 37, ns. 2 y 3.
- Da Silva Choeri, Raul. 2010. *O Direito à Identidade na Perspectiva Civil*. Río de Janeiro: Editorial Renovar.
- Díaz Vargas, Felicita. 2012. *El derecho fundamental de la libertad*. <http://www.monografias.com/trabajos91/derecho-fundamental->

libertad/derecho-fundamental-libertad.shtml (consultado el 01 de noviembre de 2012)

Diccionario Jurídico Espasa Calpe. 1998. Madrid.

Fernández Segado, Francisco. 1997. *La Jurisdicción Constitucional en España*. Madrid, España: Dikynson.

Fernández Sessarego. 2005. Derecho a la vida, a la identidad... En *Constitución comentada*. t. 1. 13 – 41. Lima: Gaceta Jurídica.

Friedrich, Carl Joachim. 1997. *La Filosofía del Derecho*. Traducción de: Margarita Álvarez Franco. 6ta. Reimpresión. México, D.F.: Edit. Fondo de Cultura Económica.

Giraldo Ángel, Jaime. 1996. *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*. 7ma ed. Colombia: Ediciones Librería del Profesional.

Harbitz Mia y Boekle-Giuffrida, Betina. 2009. *Gobernabilidad democrática, ciudadanía e identidad legal. Vínculo entre la discusión teórica y la realidad operativa*. Banco Interamericano de Desarrollo (BID)

Hernández Sampieri, Roberto, Carlos Fernández Collado y, Pilar Baptista Lucio. 1998. *Metodología de la Investigación*. 2da.ed. México, D.F.: Edit. McGRAW – HILL.

Ihering, R von. s/a. *El espíritu del derecho romano*, t. 2. Trad. de Enrique Príncipe y Satorres. Madrid: Casa Editorial Bailly-Bailliere.

Kelsen, Hans. 1970. *Teoría Pura del Derecho: Introducción a la ciencia del Derecho*. Traducción de: Moisés Nilve. 9na ed. Buenos Aires, Argentina. Edit. Universitaria de Buenos Aires.

_____.1982. *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de la segunda edición en alemán. Por Roberto J. Vernengo. México. D.F. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México.

La actualidad de Alemania. *Documento de información sobre Alemania*.http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/sociedad/contenido/glossary08.html?type=1&no_cache=1(consultada el 13 de octubre de 2010).

León Barandiarán, José. 1991. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 1. Ed. Walter Gutiérrez, Lima, Perú.

León Leca, Favio. 2004. El análisis costo-beneficio de las leyes. *Revista de Economía y Derecho* (otoño): 119-126

León Untiveros, Miguel A. 2010. *Las presunciones que no son presunciones en el procedimiento administrativo peruano ensayo de inteligencia artificial aplicada al derecho (administrativo)*<http://holismoplanetario.files.wordpress.com/2010/04/las->

[presunciones-que-no-son-presunciones-en-el-procedimien.pdf](#) (consultada el 20 de febrero de 2012).

- Lizama Martínez, Sergio. El parentesco en el Derecho Civil chileno.
- Lopera Mesa, Gloria. 2010. Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, coord. Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro, 157-188. Lima, Perú: Palestra.
- Malca Pajares, María Eugenia. 2008. El debido proceso y el nuevo procedimiento de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. Tes. título de abogada. Universidad Privada Antonio Guillermo Urrel, Cajamarca, Perú.
- Méndez Costa, María. 1984. *Derecho de Familia*. t. 2. Buenos Aires: Editorial Rubinzal y Culzoni.
- _____. 1986. *La filiación*. Buenos Aires: Rubinzal y Culzoni.
- Miranda Canales, Manuel. 2003. Reciente admisión de la prueba biológica y genética en el Código Civil peruano. En *Derecho de familia: materiales de lectura especializada*, 53-61. Lima, Perú: Colegio de Abogados de Lima.
- Mixán Mass. Florencio. 2002. *Lógica enunciativa jurídica*. Trujillo, Perú: Ediciones BLG.
- Monge Talavera, Luz. 2003. Declaración judicial de paternidad extramatrimonial. En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. t. 3, 15-34. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Oliveira, Luis Paulo de. Filiação biológica e filiação socioafetiva. *Do Direito do Centro Universitario do Formiga*. http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3442 (consultada el 10 de octubre de 2010).
- Pacheco Gómez, Máximo. 1984. *Teoría del Derecho*. 4ta ed. Santiago de Chile: Temis. S.A.
- Paredes Sivirichi, José Oscar. 2008. *El principio de proporcionalidad en la ley 28457*. <http://www.monografias.com/trabajos61/ley-28457-principio-proporcionalidad/ley-28457-principio-proporcionalidad.shtml> (consultada el 20 de octubre de 2012).
- Paucar Coz. D. Andrés, Juan A. Galarza Vega y, Jacqueline Rosario Armas Meza. 2006. *Fundamentos de la filosofía del derecho*. Lima: Mantaro.
- Peralta Andía, Javier. 1998. *Derecho de Familia en el Código Civil*. 2da. Ed, Lima, Perú: Editorial Idemsa.
- Placido, Álex. 2008. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada (3). <http://blog.pucp.edu.pe/item/33274/la-evidencia-biologica-y-la>

presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-3 (consultada el 20 de noviembre de 2011).

PRICAI. s/a. *Instructivo para toma y conservación de muestras para estudio del polimorfismo del ADN*. <http://www.pricai.com.ar/descargas/pricai-enviomuestras-paternidadyforenses.pdf>(Consultada el 12 de febrero de 2012).

Puccinelli, Oscar Raúl. s/a. Apuntes sobre el derecho “a” y los derechos “sobre” la imagen En *Pensamiento Constitucional*, 13: 227- 277 <http://revistas.pucp.edu.pe/pensamientoconstitucional/sites/revistas.pucp.edu.pe/pensamientoconstitucional/files/images/PensamientoConstitucional13-7Puccinelli.pdf>(Consultada el 12 de febrero de 2012).

_____. s/a. *Apuntes sobre el derecho “a” y los derechos “sobre” la imagen personal y de bienes*.<http://www.revistas.pucp.edu.pe/.../PensamientoConstitucional13-7Puccinelli.pdf> (consultada el 22 de noviembre de 2010)

Ramos Pazos, René. 2005. *Derecho de familia*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Rivera M., Rodrigo.2009. *Las Pruebas en el Derecho Venezolano*. Barquisimeto, Venezuela: Librería Jurídica Rincón G. C. A.

Rodríguez Chávez, Reyler y Salazar Soplapuco, Jorge Luis. (Coordinadores). 2010. *Estudios de Derecho Civil: Nuevas Tendencias a los 25 Años del Código Civil Peruano*. Cajamarca, Perú: Edit. Instituto Derecho & Empresa y la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.

Rodríguez, Isen. 2007. *Conciliación de la vida personal y profesional en Alemania: aproximación a la nueva regulación del permiso de paternidad*.<http://www.upf.edu/iuslabor/022007/Alemania.pdf> (consultada el 10 de octubre de 2010).

Royo Martínez, Miguel. 1949. *Derecho de Familia*. Sevilla: Imprenta Suarez.

Rubio Correa, Marcial; Francisco Eguiguren, Praeli y Bernaldes Ballesteros, Enrique. 2010. *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la Constitución*. Lima, Perú: Edit. Editorial PUCP.

Rueda Fernández, Silvia. s/a. *El Fin no Justifica la Inconstitucionalidad de los medios: Ley 28457 de Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial*. <http://www.jusdem.org.pe/articulos/1%20El%20fin%20no%20justifica%20los%20medios.Declaracion%20de%20Filiacion%20Extramatrimonial%202.pdf> (consultada el 01 de noviembre de 2010).

Ruiz Ruiz Ramón y, Lourdes de la Torre Martínez. 2011. Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad. *Revista Telemática de*

- Filosofía del Derecho*14: 27-44 <http://www.filosofiayderecho.com/rtdf>. (consultada el 22 de octubre de 2010).
- Ruiz Ruiz, Ramón. 2010. La Ponderación en la Resolución de colisiones de Derechos Fundamentales. Especial referencia a la Jurisprudencia Constitucional Española. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 10: 53-77. <http://www.filosofiayderecho.com/rtdf>. (consultada el 22 de octubre de 2010).
- Sánchez Zorilla, Manuel. 2010. Apuntes para una metodología jurídica: la idea de marco teórico. En *revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 13: 297-310. <http://www.filosofiayderecho.com/rtdf/número13/nota01.pdf> (consultada el 15 de agosto del 2011)
- Scherpe, Jens M. 2009. Parentage and Filiation in Germany and England, publicado en el *Seminario sobre parentesco desarrollado por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona*. http://cambridge.academia.edu/JensScherpe/Talks/9197/Parentage_and_Filiation_in_Germany_and_England(consultada el 10 de octubre de 2010).
- Serrano Medina, Glenn. 2012. Consecuencias jurídico-sociales en los hijos alimentistas en la legislación civil peruana. Tes. Dr. Escuela de postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca.
- Silva Santisteban, Fernando. 1998. *Antropología*. Lima: Universidad de Lima y el FCE.
- Siverino Bravio, Paula. 2010. El derecho a la identidad personal: manifestaciones y perspectivas. En *Los derechos fundamentales: estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. 57 – 81. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Szreter Simon. *The right of registration: development, identity registration and social security. History and policy: Connecting historians, policymakers and the media*. <http://www.historyandpolicy.org/papers/policy-paper-53.html> (consultada el 10 de octubre de 2010).
- Tantaleán Odar, Reynaldo Mario. 2003. Aplicación de la Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta a la Conciliación Extrajudicial en la Normatividad Jurídica Peruana. Tesis para optar Título de Abogado. Universidad Nacional de Cajamarca. Cajamarca, Perú.
- Tello Moreno, Luisa Fernanda. 2006. Pruebas de ADN y presunción de la paternidad en los juicios de filiación. *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos* 2 (mayo-agosto).
- Torres Vásquez, Aníbal. 1999. *Introducción al derecho: teoría general del derecho*. Lima, Perú: Palestra.

- Toulmin, Stephen. 2007. *Los usos de la argumentación*. trad. de María Morrás y Victoria Pineda. Barcelona, España: Península.
- Varsi Rospigliosi, Enrique y Marianna Chavez. 2009. El Sometimiento a la Prueba de ADN ¿Es exigible a los herederos del supuesto padre? *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 131. (agosto).
- Varsi Rospigliosi, Enrique y, Paula Severino Bravo. 2003. Determinación de la paternidad matrimonial. En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. t. 2, 659-674. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Varsi Rospigliosi, Enrique. 2004. *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima - Perú. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L
- _____. 2008. *Las pruebas biológicas en la determinación de la paternidad*. <http://www.enriquevarsi.com/2008/05/1.html>. (Consultada el 01 de noviembre de 2010)
- _____. s/a. *El moderno tratamiento legal de la Filiación Extramatrimonial: En razón de la Ley peruana 28457 y la acción intimatoria de paternidad*. <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/07b4bd0043eb78b097c8d74684c6236a/Tema+III.+Filiaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=07b4bd0043eb78b097c8d74684c6236a>. (Consultada el 31 de agosto de 2010)
- Vecchio, Giorgio del, 1965. La obligación jurídica de la verdad especialmente en el proceso civil. *Revista la Justicia, México* 24 núm. 424 (agosto).
- Vega Arenas, Johana. 2006. La Ponderación como Técnica de Solución al Conflicto de Principios en el Derecho Administrativo. Tesis para optar título de Abogada. Universidad El Rosario de Colombia. <http://Monografias.tesis.elrosario.colombia>. (Consultada el 22 de octubre de 2010)
- Zavaleta C. Wilvelder. 1997. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Perú: Edit. Manuel Chahu E.I.R.L.

APÉNDICES

Apéndice 1:

Texto de la Ley N° 28457

LEY N° 28457

LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

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

Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juez 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 juez, además de expedir el mandato declaratorio de paternidad extramatrimonial, correrá traslado al emplazado de la pretensión de alimentos.

El emplazado tiene un plazo no mayor a diez días de haber sido notificado válidamente para oponerse 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 mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el juez dictará sentencia pronunciándose sobre la pretensión de alimentos.”

“Artículo 2.- Oposición

La oposición suspende el mandato siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN.

El costo de la prueba es abonado por la parte demandada en el momento de la toma de las muestras o puede solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil.

Formulada la oposición y absuelto el traslado de la pretensión de alimentos, el juez fijará fecha para la audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes.

En dicha 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. Asimismo, se procederá conforme 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.

Por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4, el juez resuelve la causa.

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

“Artículo 3.- Oposición fundada

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.”

“Artículo 4.- Oposición infundada

Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, constituyendo el mandato expedido declaración judicial de paternidad.

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

“Artículo 5.- Apelación

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.”

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

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

ÁNTERO FLORES-ARAOZ E.
Presidente del Congreso de la República

NATALE AMPRIMO PLÁ
Primer Vicepresidente del
Congreso de la República

**AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA
REPÚBLICA**

POR TANTO:

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

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

ÁNTERO FLORES-ARAOZ E.
Presidente del Congreso de la República

NATALE AMPRIMO PLÁ
Primer Vicepresidente del
Congreso de la República

Apéndice 2:

Lista de Gráficos

GRÁFICO 1: LA EXÉGESIS JURÍDICA Y LA DOGMÁTICA	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
GRÁFICO 2: ESQUEMA DEL PROCESO DE FILIACIÓN CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LA LEY 28457	60
GRÁFICO 3: ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN SEGÚN TOULMIN	101
GRÁFICO 4: ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN EN EL CASO DE HIJO NACIDO DURANTE UN MATRIMONIO.....	102
GRÁFICO 5: ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN TENIENDO EN CUENTA LA LEY N° 28457	114
GRÁFICO 6: DERECHO A LA IDENTIDAD VULNERADO.....	116
GRÁFICO 7: DERECHO A LA IDENTIDAD VULNERADO POR LA LEY 28457.....	109
GRÁFICO 8: EVOLUCIÓN DE LOS PROCESOS EN CHOTA	118
GRÁFICO 9: PORCENTAJE DEL MODO DE RESOLVER LOS CASOS EN CHOTA	119
GRÁFICO 10: PORCENTAJES DE PATERNIDAD POR ADN.....	120
GRÁFICO 11: PORCENTAJE DEL MODO DE RESOLVER LOS CASOS EN CAJAMARCA	122
GRÁFICO 12: INCONSTITUCIONALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS.....	145

Apéndice 3:

**Resolución de Autorización del Presidente de la Corte Superior de Justicia
de Cajamarca**

Apéndice 4:

Hoja de recojo de información

N° de Expediente	
Con oposición	Resultado de la prueba Padre () No padre ()
Sin oposición	Declaración de filiación ()
Aceptación Voluntaria	Sí () No ()
Otros	

Apéndice 5:

Resoluciones expedidas por el Juzgado de Paz Letrado de la Provincia de Chota, sobre Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial