

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL Y
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

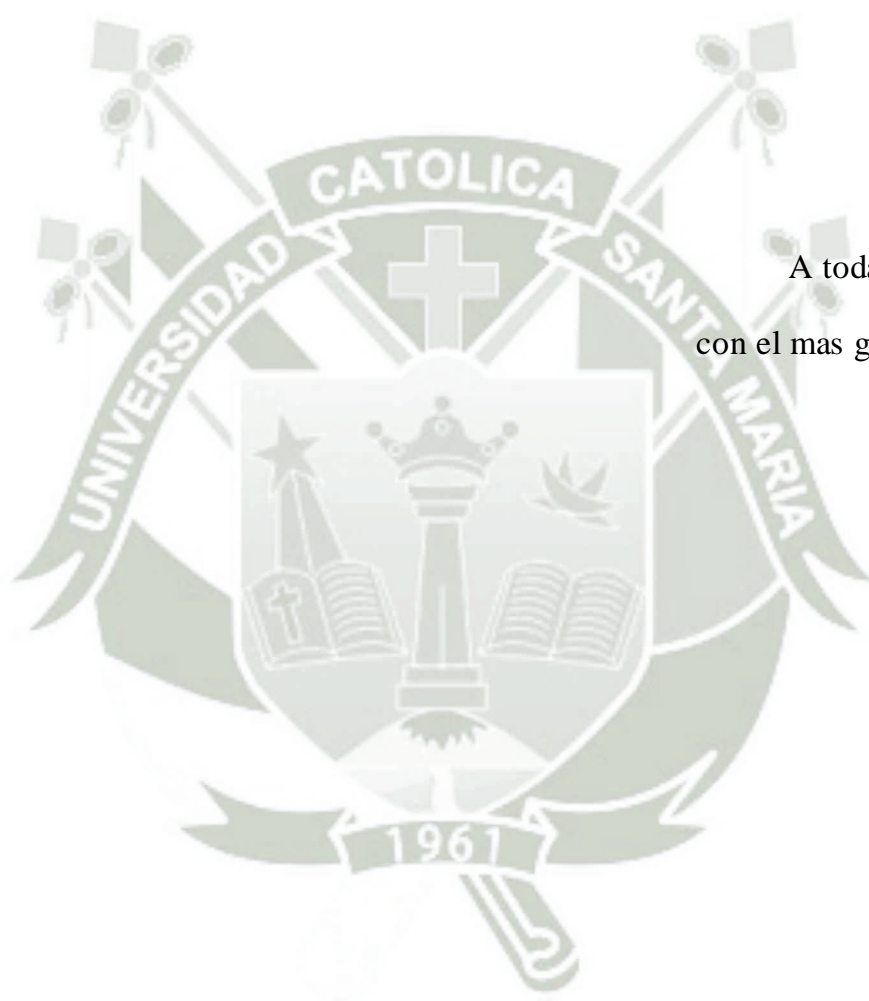


**EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL NIÑO A CONOCER
A SUS PADRES Y SU TRATAMIENTO EN EL
SEGUNDO Y TERCER JUZGADOS DE FAMILIA DE LA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA**

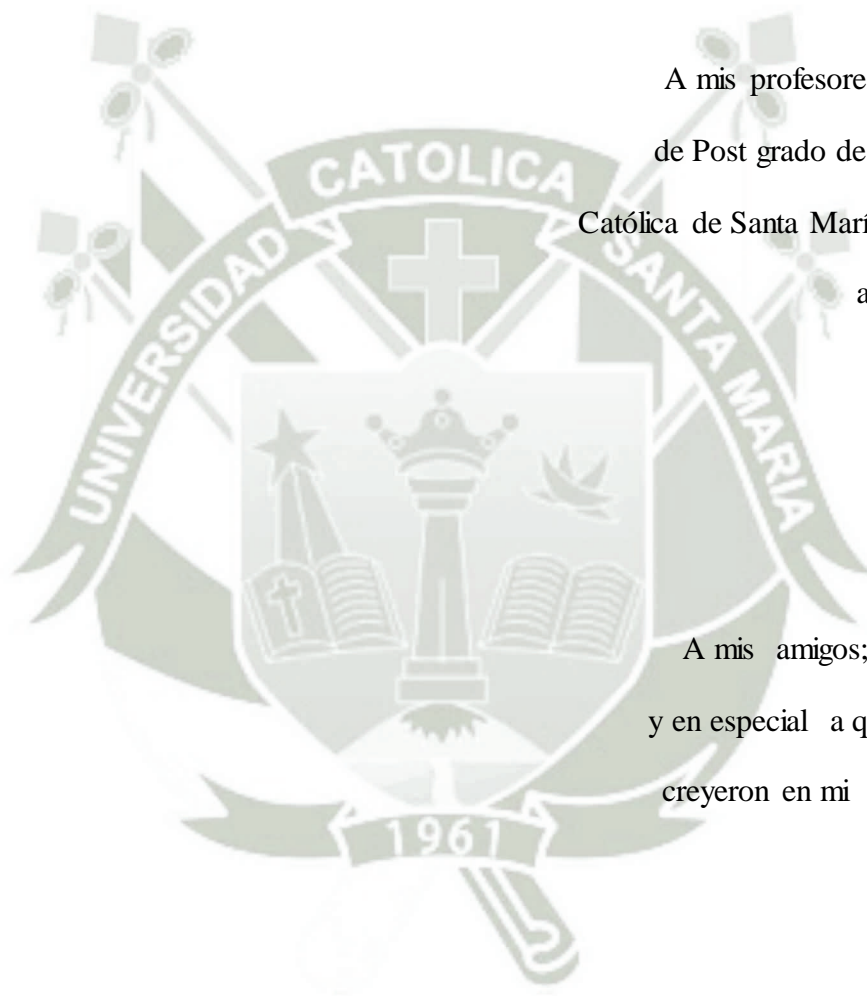
**Tesis presentada por
MARTÍN TEODORICO VALDIVIA DUEÑAS
para optar el grado académico de
Magíster.**

Arequipa- Perú

2006



A toda mi familia :
con el mas grande cariño



A mis profesores de la Escuela
de Post grado de la Universidad
Católica de Santa María ; con sincero
agradecimiento.

A mis amigos; por su ayuda,
y en especial a quienes siempre
creyeron en mi y me alentaron

RESÚMEN

La presente investigación esta referida a un tema de trascendental importancia: el derecho que tiene el ser humano de conocer a sus padres conocido también como el derecho a filiación . Este derecho tiene el carácter de fundamental y aunque no ha sido expresamente enumerado en nuestra Constitución, se funda en el derecho de la dignidad humana recogido en el artículo 3 de la norma fundamental

El trabajo comprende cuatro capítulos, los tres primeros son resultado de una investigación bibliográfica y el tercero se refiere al análisis de la muestra materia de la investigación de campo .

En el primer capítulo desarrollamos el concepto de filiación, sus clases, las teorías existentes y en las que se funda la presunción “pater is” en lo referente a la filiación matrimonial .Luego realizamos un enfoque histórico para exponer la forma como tratan el tema de la filiación los tres últimos Códigos Civiles del Perú , esto es los Códigos de 1852, 1936 y 1984 para luego ocuparnos del Reconocimiento como acto propio de la filiación extramatrimonial, sus caracteres, los sujetos del mismo, sus efectos, y concluimos, con los sistemas de investigación de paternidad que históricamente se han dado .

En el segundo capítulo desarrollamos conceptos referentes al derecho del niño de conocer a sus padres y previo análisis de la naturaleza de este derecho, nos ocupamos del derecho a la filiación como derecho fundamental y la protección jurídica que tiene el niño respecto de este derecho. Habida cuenta que la situación de un hijo extramatrimonial ha sido tratada con discriminación, nos ocupamos de las corrientes que históricamente existen para la investigación de la paternidad y teniendo en cuenta que en los sistemas de investigación de la paternidad colisionan dos derechos fundamentales: el derecho del hijo a conocer a sus padres y por otro lado el derecho del padre a la privacidad, hacemos un análisis de la naturaleza de ambos y proponemos la utilización de un test de proporcionalidad para determinar cual es el que prevalece.

En el tercer capítulo nos ocupamos de los aspectos procesales en la demandas de filiación y haciendo un breve análisis de la naturaleza de las presunciones que están previstas en el Código Civil entramos a ocuparnos de dichos aspectos procesales

como: la legitimidad para obrar, las causales previstas en el Código Civil y que han sido materia de la presente investigación. Nos ocupamos también, del Juez competente de la intervención del Ministerio Público, de la vía procedimental, del petitorio y la causa petendi, de la rebeldía y analizamos si es posible la aplicación de las formas especiales de conclusión a los procesos de filiación. Para finalizar este capítulos hacemos un análisis de la Ley 28457 que establece un trámite especial para las demandas por la causal de ADN encontrando que esta Ley resulta violatoria de otros derechos fundamentales y que pese a la intención del legislador, no ha resultado una solución adecuada para el problema .

En el cuarto capítulo, en base a un análisis estadístico, exponemos gráficamente los resultados de nuestra investigación con la correspondiente interpretación. verificando que ni en el petitorio ni en las sentencias se señala con precisión la causal que se invoca para que se declare la filiación; que la prueba no resulta pertinente en la mayoría de los casos y que pese a que se trata de derechos indisponibles se viene aplicando de manera indebida las formas especiales de conclusión de los procesos .

Precisamente esta investigación nos ha permitido constatar que el trato que se viene dando al derecho fundamental de conocer a los padres no es el que corresponde a la jerarquía de un derecho fundamental, lo que resulta preocupante.

SUMMARY

The present investigation this referred to a topic of momentous importance: the right that has the human being of knowing their parents also known as the right to filiation. This right has the character of fundamental and although it has not been specifically enumerated in our Constitution, he/she is founded in the right of the human dignity picked up in the article three of the Fundamental Norm.

The work understands four chapters, the three first they are been of a bibliographical investigation and the third refer to the analysis of the sample matter of the field investigation.

In the first chapter we develop the filiation concept, their classes, the existent theories and in those that he/she is founded the presumption "*pater is*" regarding the matrimonial filiation . After Wards carries out a historical focus to expose the form like they treat the topic of the filiation, the last three Civil Codes of the Perú, this is the Codes of 1852, 1936 and 1984 he/she stops then to be in charge of the Recognition like act characteristic of the extramatrimonial filiation, its characters, those subject of the same one, its effects, and we conclude, with the systems of investigation of paternity that historically have been given.

In the second chapter we develop relating concepts to the children's right of knowing their parents and it foresaw analysis of the nature of this right, we are in charge of from the right to the filiation like fundamental right and the artificial protection that he/she has the boy regarding this right. Had bill the one that a son's extramatrimonial situation has been treated with discrimination, we are in charge of the currents that historically exist for the investigation of the paternity and keeping in mind that in the systems of investigation of the paternity enfrent two fundamental rights: the son's right to know its parents and on the other hand the right of the father to the privacy, we make an analysis of the nature of both and we propose the use of a proporcionalidad test to determine which is the one that prevails.

In the third chapter we are in charge of the procedural aspects in the filiation demands and making a brief analysis of the nature of the presumptions that are foreseen

in the Civil Code enters to be in charge of this procedural aspects as; the genuineness to work, the causal ones foreseen in the Civil Code and that they have been matter of the present investigation. We are also in charge of, the competent Judge of the intervention of the Public Ministry, of the procedural road, of the petition one and the *cause petendi*, of the rebelliousness and we analyze if it is possible the application in the special ways of conclusion to the filiation processes. To conclude this chapters we make an analysis of the Law 28457 that it establishes a special step for the demands for the causal of DNA finding that this Law is infringing of other fundamental rights and that in spite of the legislator's intention, it has not been an appropriate solution for the problem.

In the fourth chapter we expose the results of our investigation graphically with the corresponding interpretation. verifying that neither in the petition one neither in the sentences it is pointed out the causal one that is invoked accurately so that the filiation is declared; that the test is not pertinent in most of the chaos and that in spite of the fact that it is right indissoluble one comes applying in an undue way the special forms of conclusion of the processes.

This investigation has in fact allowed us to verify that the treatment that one you eat giving to the fundamental right of knowing the parents is not the one that corresponds to the hierarchy of to fundamental right, those that is a worry problem.

INTRODUCCIÓN

Uno de los derechos más importantes del ser humano, es el derecho a la filiación, a conocer a sus padres, el mismo que siendo un derecho fundamental es inalienable y perpetuo.

La trascendencia e importancia de este derecho ha dado lugar que incluso normas internacionales lo proteja. Así el artículo ocho de la convención sobre los Derechos del Niño señala que los estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Asimismo señala que cuando el niño sea privado de algunos de algunos elementos de su identidad o de todos ellos, los estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

En nuestra Constitución este derecho se ubica en el artículo dos que señala que toda persona tiene derecho[...] a su identidad y además se encuentra dentro de la llamada cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales contenida en el artículo 3, que reconoce que aquellos derechos que pese a que no han sido enumerados expresamente en la Carta Magna, cuando se fundan en la dignidad del hombre. El derecho a la verdad biológica, pese a que no ha sido recogido en forma expresa en nuestra constitución, al derivar del principio de la dignidad humana y atendiendo a que su finalidad es que cada persona conozca su origen biológico, es considerado como un derecho cuyas implicancias no son solamente de interés privado por el derecho que le asiste a cada ser humano a conocer su origen biológico, sino también existe un interés público, pues se discute el estado de familia de una persona.

Acorde con la normatividad internacional el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo seis señala que el niño y el adolescente tiene derecho a un nombre, a una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y llevar sus apellidos.

Nuestra investigación ha tenido como motivación el hecho de que muchas personas y en especial niños en nuestra sociedad, se encuentran privados de su filiación y que esta afectación a su derecho fundamental a conocer a sus padres se debe tanto a la actitud irresponsable de los padres como a la deficiencia de la

legislación y aun al tratamiento inadecuado en las tramitación de procesos de filiación en sede judicial

Al tratarse de un derecho fundamental, consideramos que las normas legales reguladoras del derecho de familia y en especial del derecho a la filiación deben interpretarse y aplicarse a la luz de una perspectiva constitucional y de derechos humanos , habida cuenta que muchas instituciones jurídicas del Derecho Romano que se encuentran consagradas en nuestro ordenamiento , ya se encuentran desfasadas debido a los adelantos científicos como es el caso del ADN y su aplicación para determinar la filiación con 99.99% de certeza..

En este trabajo exponemos la tanto la naturaleza, trascendencia e importancia de la filiación como el tratamiento inadecuado que se le viene dando tanto en lo social como en lo legal y aun en la misma tramitación de los procesos. Así ponemos a consideración no solo del Jurado sino de la comunidad académica los resultados a los que hemos arribado, con la clara conciencia que las limitaciones que presenta. Abrigamos también la esperanza de contribuir de alguna forma a que se de un mejor trato a este derecho .

El autor.

ÍNDICE

CAPÍTULO I LA FILIACIÓN

| | |
|---|----|
| 1. Concepto de Filiación..... | 13 |
| 2. Clases de Filiación | 15 |
| 2.1. Filiación Matrimonial..... | 17 |
| 2.1.1. Teorías para la Determinación de la Calidad de Hijos Matrimoniales | 17 |
| a.-Teoría de la Concepción..... | 18 |
| b.-Teoría del Nacimiento..... | 18 |
| c.-Teoría Mixta | 18 |
| 2.1.2. la Presunción de la Paternidad Matrimonial | 19 |
| 2.1.3. Teorías para Fundar la Presunción Pater Is..... | 20 |
| a.-Teoría de la Cohabitación Exclusiva..... | 20 |
| b.-Teoría de Presunción de Fidelidad de la Esposa..... | 21 |
| c.-Teoría de la Admisión Anticipada | 21 |
| d.-Teoría de la Accesión..... | 21 |
| e.-Teoría de la Vigilancia..... | 21 |
| 2.2.-La Filiación Extramatrimonial..... | 21 |
| 2.2.1.-Referencias En los Tres Últimos Códigos Civiles del Perú..... | 21 |
| a.-Código Civil de 1852..... | 22 |
| a.1.- Hijos Naturales | 22 |
| a.2.- Hijos Espurios..... | 22 |
| b.- Código Civil de 1936..... | 23 |
| c.- Código Civil de 1984 | 23 |
| 2.2.2. El Reconocimiento. | 24 |
| 2.2.2.1 Formas de Reconocimiento..... | 24 |
| a.- Por ante el Registro de Nacimiento..... | 25 |
| b.- Por Escritura Pública | 25 |
| c.- Por Testamento | 25 |
| 2.2.2.2.- Caracteres del Reconocimiento..... | 25 |
| a.-Es facultativo..... | 25 |
| b.-Es un acto formal..... | 25 |
| c.-Es individual..... | 26 |

| | |
|--|----|
| d.-Es personal..... | 26 |
| e.- Es unilateral..... | 26 |
| f.-Es incondicional | 26 |
| g.- Es irrevocable..... | 26 |
| 2.2.2.3. Sujetos del Reconocimiento..... | 26 |
| a.-Sujetos Activos | 26 |
| a.1.- Ambos padres o uno solo | 26 |
| a.2.-Los abuelos | 27 |
| a.3.- los menores de edad | 27 |
| b.- Sujeto Pasivo | 28 |
| b.1.-Los hijos extramatrimoniales..... | 28 |
| b.2.-Los hijos simplemente concebidos..... | 28 |
| b.3.-Hijos fallecidos | 28 |
| 2.2.2.4.- Efectos de Reconocimiento..... | 29 |
| a.-Adquisición de estado de hijo..... | 29 |
| b.- Ejercicio de la Patria Potestad para el reconociente | 29 |
| c.-Adquisición del Derecho Alimentario | 29 |
| d.-Adquisición del Derecho Hereditario | 29 |
| e.-Adquisición del apellido del reconociente | 30 |
| 3.- Sistemas de investigación de paternidad | 30 |
| 3.1. Sistema Prohibitivo | 31 |
| 3.2. Sistema Amplio o Permisivo..... | 32 |
| 3.3. Sistema Mixto..... | 33 |

CAPITULO II

EL DERECHO DEL NIÑO A CONOCER A SU PADRES

| | |
|---|----|
| 1. Naturaleza del Derecho de Filiación..... | 35 |
| 2. La Protección Jurídica del Niño | 36 |
| 3. El Derecho A Filiación: Derecho Fundamental | 38 |
| 3.1. Corrientes | 40 |
| a. La Corriente Restrictiva | 40 |
| b. La Corriente de Libre Investigación de la Filiación..... | 41 |
| 4. El Derecho del Padre a la Intimidad..... | 42 |

| | |
|---|----|
| 5. El derecho del niño a conocer sus padres y del derecho del padre a la intimidad. | 44 |
| 6. El Test de proporcionalidad como instrumento para determinar la primacía del derecho. | 45 |
| 6.1. La Persecución de un fin legítimo..... | 46 |
| 6.2. La limitación necesaria del derecho | 47 |
| 6.3. La Ponderación de los principios que colisionan..... | 48 |

CAPITULO III

CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ACTUAL EN LOS PROCESOS DE RECLAMACION DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL RESPECTO DEL PADRE

| | |
|---|----|
| 1. Las Presunciones en el Código Civil..... | 51 |
| 1.1. Generalidades..... | 51 |
| 1.2. Las Presunciones o Causales. | 51 |
| 2. Aspectos Procesales..... | 51 |
| 2.1. La Invocación de la causal en el petitorio | 51 |
| a.- Tipificación causal..... | 52 |
| 2.2.-Posibilidad de ejercer la pretensión varias veces. | 53 |
| 2.3.- Causales previstas por la ley para la investigación de la paternidad Extramatrimonial. | 53 |
| a.-Escrito indubitado. | 53 |
| b.-Estado constante de hijo. | 54 |
| c.-Concubinato. | 56 |
| d.- Seducción. | 57 |
| e.- ADN..... | 58 |
| 2.4. El Juez Competente. | 59 |
| 2.5. La Intervención del Ministerio Público | 60 |
| 2.6. La Vía Procedimental..... | 61 |
| 2.7. El Petitorio y la Causa Petendi | 62 |
| 2.8. La Rebeldía en los Procesos de Filiación..... | 62 |
| 2.9. Las Formas Especiales de Conclusión del Proceso y los Procesos de Filiación..... | 63 |
| 2.9.1. La Conciliación..... | 61 |

| | |
|--|-----------|
| 2.9.2. El Allanamiento y Reconocimiento | 64 |
| 2.9.3. La Transacción Judicial..... | 65 |
| 2.9.4. Desistimiento..... | 65 |
| 2.9.5. El Abandono | 67 |
| 3. La Ley 28457 | 68 |
| 3.1. Antecedentes | 68 |
| 3.2. Apreciaciones sobre la Ley 28457..... | 69 |
| 3.3. Análisis de aspectos procesales | 70 |
| 3.3.1. Respecto de la competencia | 70 |
| 3.3.2.- El tipo de proceso que implementa la ley | 71 |
| 3.3.3.-La notificación con la demanda..... | 73 |
| 3.3.4.-En cuanto al derecho a prueba | 74 |
| 3.3.5.- La limitación de acceso a la prueba del ADN derivada del costo | 75 |
| 3.3.6.- El Derecho a la Doble Instancia | 75 |
| 3.3.7.-El Principio del Interés Superior del Niño | 76 |

CAPITULO IV

INVESTIGACION DE EXPEDIENTES

| | |
|--|----|
| CUADRO 1: Demandas de Filiación Extramatrimonial presentadas ante el Segundo y Tercer Juzgado de Familia. De enero 2000 a diciembre..... | 79 |
| GRAFICA 1 | 81 |
| CUADRO 2: Demandas de Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial, por la causal de Escrito Indubitado, en un total de 20 expedientes..... | 82 |
| GRAFICA 2 | 85 |
| CUADRO 3: Demandas de Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial por la Causal de Posesión constante de Estado de Hijo, en un total de 10 expedientes..... | 86 |
| GRAFICA 3 | 89 |
| CUADRO 4: Demandas de Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial por la Causal de Concubinato, en un total de 28 expedientes | 90 |
| GRAFICA 4 | 93 |
| CUADRO 5: Demandas de Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial por la Causal de Seducción, en un total de 6 expedientes..... | 95 |

| | |
|---|-----|
| GRAFICA 5 | 97 |
| CUADRO 6: Demandas de Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial por la Causal de ADN, en un total de 8 expedientes..... | 98 |
| GRAFICA 6..... | 101 |
| CUADRO 7. :Resumen estadístico de los resultados de Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial, considerando las causales del art. 402 del Código Civil materia de esta investigación en 72 expedientes | 102 |
| GRAFICA 7 | 105 |
| | |
| CONCLUSIONES | 107 |
| PROYECTO DE LEY..... | 112 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 114 |
| | |
| ANEXOS..... | 116 |
| - Plan de Tesis..... | 117 |
| - Declaración de los Derechos Del Hombre Y Del Ciudadano | 133 |
| - Declaración Universal de los Derechos Humanos..... | 135 |
| - Declaración de los Derechos del Niño | 143 |
| - Convención sobre los Derechos Del Niño | 146 |
| - Ley N° 28457..... | 168 |

CAPÍTULO I

LA FILIACIÓN

1. -CONCEPTO DE FILIACIÓN

La voz filiación viene de la raíz latina *filius*: hijo y consecuentemente podemos afirmar que la filiación es el vínculo jurídico que une al hijo con sus padres. En sentido genérico la filiación une a una persona con todos sus ascendiente y descendientes; en sentido estricto es la que vincula a sus hijos con sus padres.

De este vínculo deriva un conjunto de derechos, deberes, funciones y en general relaciones entre personas que duran toda la vida. Es característica también la existencia de otro vínculo de carácter sentimental y profundo entre sus confortantes. Sin embargo esto último no se da en todos los casos.

Es necesario distinguir la filiación del parentesco, y en este sentido señalaremos que el parentesco es la relación existente entre dos o más sujetos en virtud de la consanguinidad afinidad o adopción. Como relación jurídica la filiación es generada por el parentesco. De los lazos del parentesco, la filiación es el más importante y de ,mayor jerarquía.

Diversos autores definen la filiación en forma mas o menos parecida: Planiol y Ripert: Señalan "La filiación es la relación existente entre dos personas de las cuales una es le padre o la madre de la otra" ¹.

¹ PLANIOL MARCEL Y RIPPERT GEORGE. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo II, La Habana, Editorial Cultural , 1946

Para Doménico Barbero: "La filiación es ante todo el hecho de la generación por nacimiento de una persona llamada hijo, de otras personas a quienes se llama progenitores"²

Para Espín Canovas: "La filiación es aquella relación entre una persona de una parte y otras dos de las cuales una es el padre y la otra la madre de la primera"³

Para Peralta Andía: "La filiación es el vínculo determinado por la procreación entre progenitores, y sus hijos."⁴

Para Cornejo Chávez: "La filiación en sentido genérico, es la relación que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes, y en sentido estricto es la que vincula a los padres con sus hijos"⁵

La importancia de este vínculo ha sido resaltada por Arias Schreiber Pezet, al señalar que: "La filiación es la más importante de las relaciones del parentesco, que partiendo de una realidad biológica cual es la procreación da lugar a una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones, que tiene como tema central la problemática legal a cerca de los padres y los hijos"⁶

La filiación pues en su sentido genérico, implica un triple estado:

- a. Estado deducido de la relación natural de la procreación que liga al padre con el hijo,
- b. Estado social: que tiene respecto de otras personas y
- c. Estado civil que es la situación jurídica del hijo frente a la familia.

La filiación pues, es un vínculo jurídica que se deriva del hecho natural de la procreación. Sin embargo muchas veces no hay coincidencia entre filiación biológica y filiación jurídica. La filiación biológica es el vínculo que une al generado con sus

².- BARBERO DOMÉNICO. Sistema de Derecho Privado , Tomo I, Bs. Aires EJE, 1967

³.- ESPIN CANOVAS , Diego. El Principio de Igualdad y las Relaciones de Filiación . En Curso d Actualización , Academia de la Magistratura. Lima,1998

⁴.-PERALTA ANDÍA , Javier Rolando. Derecho de Familia en el Código Civil,, IDEMSA Lima, 2002.

⁵ CORNEJO CHAVEZ Héctor. Derecho Familiar Peruano . Tomo I, Gaceta Jurídica , Lima 1998

⁶ . ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo VIII, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima 2001,

generantes y sus manifestaciones se dan en los caracteres hereditarios. La filiación jurídica es el vínculo que la ley atribuye a dos personas.

Es indudable que la filiación jurídica, se basa en la biológica, pero para el sistema legal lo que cuenta son indicios y presunciones para establecerla. Conforme a la naturaleza biológica, no hay hijos sin padres, conforme al derecho puede haber hijo sin padre o sin madre, ya sea por que se desconozcan o porque conociéndose su identidad no hayan llenado las formalidades o cumplido los requisitos para que nazca la relación jurídica de la filiación.

La relación paterno filial, desde el punto de vista del hijo se llama filiación, desde el punto de vista de los progenitores se denomina paternidad o maternidad.

La maternidad por su misma naturaleza se establece por el hecho del parto, en cambio la determinación de la paternidad siempre ha sido un tema de preocupación para el derecho por la dificultad de determinación exacta. Ello se traduce en la expresión "Pater semper incertus", y pone de manifiesto que la filiación respecto del padre se asienta en presunciones y posibilidades que la ley establece.

2. -CLASES DE FILIACIÓN

Conforme a nuestro ordenamiento legal se reconocen dos clases de filiación: matrimonial y extramatrimonial. Esta clasificación tiene sus antecedentes en el Derecho Romano el cual dividía a los hijos en: habidos dentro del matrimonio y fuera de él. Esta clasificación prevalece actualmente en nuestra legislación para efectos de nomenclatura mas no para determinación de jerarquías o diferente trato entre a los hijos.

No obstante que hoy prevalece el criterio de igualdad ante la ley respecto de los hijos, antiguas legislaciones establecieron diferencias muy grandes y estigmatizaron a la filiación extramatrimonial, a la que denominaron peyorativamente como ilegítima mientras que la filiación matrimonial era la legítima.

El Código Civil de 1852 mantuvo esta diferenciación entre los hijos al señalar en su artículo 218, son hijos legítimos, los que nacen de matrimonio, son ilegítimos los que nacen de padres que no lo han contraído.

El título segundo trata de los hijos ilegítimos . Al respecto el artículo 235 de dicho código se ocupaba de los hijos ilegítimos para puntualizar que eran aquellos que no nacen del matrimonio ni están legitimados. Los hijos ilegítimos se clasificaban en naturales y espúrios. Los naturales son aquellos concebidos por los padres que no tenían impedimento para casarse podían ser objeto de reconocimiento por parte del padre y también podían ser legitimados por el posterior matrimonio de los padres. Los hijos adulterinos eran los procreados por padres casados, no podían ser legitimados pues como se ha indicado, ello procedía solo en el caso de los hijos naturales. La clasificación de este código determinaba también diferencia en los derechos patrimoniales que correspondía a los hijos y también del estatus social y de familia.

El código de 1936, mantuvo básicamente esta misma división que perduro hasta el Código Civil de 1984.

Como consecuencia de la aparición de diferentes normas internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 , la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1969, fue desapareciendo este trato discriminatorio entre los hijos. Nuestra legislación fue incorporando este trato igualitario, al respecto tenemos normas como la ley 14772, que prohibió consignar en los documentos oficiales expedidos por el Estado, los Municipios, las Universidades, las Beneficencias y demás instituciones del estado los datos relativos ala filiación legítima o ilegítima. En su artículo 2 prohibió que las escuelas o colegios exijan la presentación sobre instrumentos de filiación y también prohibió la decisión de despedirlos al descubrir que eran ilegítimos bajo sanción de clausura y multa del plantel.

La constitución de 1979 en su artículo 6 consagra la igualdad entre los hijos, precisa que tienen iguales derechos y prohibió toda mención sobre le estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los Registros Civiles y en cualquier documentos de identidad.

La constitución de 1993 en el tercer párrafo del artículo 6 reproduce prácticamente el texto de la anterior Constitución.

El Código Civil de 1984 recoge le criterio de igualdad entre los hijos, pero mantiene la clasificación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales. La intención de mantener

esta clasificación no es discriminatoria sino que obedece a la necesidad de fijar criterios que puedan tomarse en cuenta para establecer una u otra filiación. Así en la filiación matrimonial existe un punto de referencia que es la celebración del matrimonio que consta en un documento público como es la partida de matrimonio. A partir de este hecho se establece un conjunto de presunciones y deberes como el de la fidelidad, el débito y la abstinencia sexual, las obligaciones y deberes referidos, no pueden establecerse en los casos de filiación extramatrimonial por la inexistencia de deberes jurídicos entre los padres.

No obstante la intención del legislador, la existencia de estos dos tipos de filiación genera siempre una suerte de distingo entre los hijos, significando un estado peyorativo el que los hijos se encuentren dentro de la denominada filiación extramatrimonial. La igualdad jurídica de los hijos, no ha logrado la igualdad social que siempre mantienen una suerte de estigma para los hijos nacidos fuera de matrimonio, lo cual es injusto habida cuenta que cargan con las consecuencias de un hecho del cual no son autores.

2.1. FILIACIÓN MATRIMONIAL

Este término proviene del latín *filius* y *matrimonium* y literalmente significa hijo nacido de padre y madre casados. La filiación matrimonial está por tanto, íntimamente ligada al matrimonio de los progenitores. Esta es una institución trascendente en el derecho de familia por lo que podemos afirmar que en ella, la relación paterno filial está necesariamente ligada al matrimonio.

Nuestro Código Civil no define la filiación matrimonial, en su artículo 361 sólo se limita a señalar que el hijo nacido dentro de matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido. Agrega el artículo 362 que el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera. El Código Civil adopta pues, para determinar la filiación matrimonial la teoría mixta de la concepción nacimiento y la presunción *pater is*.

2.1.1. TEORIAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CALIDAD DE HIJOS MATRIMONIALES:

Estas teorías han surgido por considerar que el hecho del matrimonio entre los padres, es insuficiente para establecer la filiación. Entre ellas podemos citar las siguientes:

a.- Teoría de la Concepción: Esta teoría se puede resumir en la siguiente afirmación: Son hijos matrimoniales los engendrados dentro del matrimonio, independientemente del hecho de su nacimiento que puede ser dentro del matrimonio o cuando el matrimonio se hubiera disuelto o anulado.

Conforme a esta teoría los hijos concebidos antes del matrimonio pero nacidos dentro de él, serían extramatrimoniales, en cambio los hijos engendrados durante la vigencia del matrimonio pero nacidos después de su disolución o anulación serían hijos matrimoniales.

b.- Teoría del Nacimiento: Esta teoría precisa que son hijos extramatrimoniales los hijos nacidos dentro del matrimonio independientemente del momento en que hayan sido engendrados.

Conforme a esta concepción los hijos que son engendrados con anterioridad a la celebración del matrimonio serán matrimoniales si nacen dentro de la vigencia del matrimonio, por tanto no serán matrimoniales los nacidos después de la disolución del matrimonio.

c.- Teoría Mixta.- Es la que sigue nuestro Código Civil y esta expresada en el artículo 361 que señala que el hijo nacido dentro de matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido y tiene como sustento los siguientes postulados:

- c.1.- Que la vida humana se inicia con la concepción
- c.2.- Que le marido de la mujer se presume padre del hijo de ella
- c.3.- Que el marido tiene la facultad para impugnar la paternidad del hijo de su mujer, sino lo hace es prueba de conformidad.

Los presupuestos de filiación matrimonial son pues:

- Matrimonio entre progenitores,
- Maternidad acreditada con la esposa, y
- Presunción legal de paternidad del marido.

2.1.2. LA PRESUNCIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL:

El artículo 361 del Código Civil, consagra la presunción que se conoce con el nombre *pater is o pater est*. Dicha norma señala que el hijo nacido dentro de matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido.

Esta presunción tiene como base el carácter el inextricable de las relaciones sexuales y el momento mismo de la fecundación. Varsi Rospigliosi citando a Fernández Clérigo señala que: "El fenómeno de la generación en cuanto al padre, esta rodeado de misterio casi impenetrable y pocas veces propicio a la justificación mediante prueba directa, razón por la cual es preferible establecer situaciones objetivas, solemnes y comprobables fácilmente y que por otra parte sirvan de base para instaurar una presunción allí donde no es posible instaurar una demostración".⁷⁾

Durante mucho tiempo rigió esta presunción de atribuir la paternidad sustentada en el matrimonio, se le encuentra ya en el Código de Hamurabi, en las Leyes de Manú, en Derecho Hebreo, en el Derecho Romano y en el Derecho Canónico de la Edad Media. El artículo 361 del Código Civil recoge pues estas concepciones, sin embargo, su carácter ancestral no le otorga valor absoluto, mas aún cuando hay técnicas modernas para probar la paternidad como es el caso del ADN.

Esta presunción satisface el interés social de protección a la familia, la atribución de paternidad mediante ella se da por imperio de la ley y no por la voluntad no tiene pues carácter dispositivo para los sujetos. Sin embargo la atribución de paternidad mediante esta presunción, a pesar de ser general, no tiene carácter absoluto, admite prueba en contrario que le esta reservada al marido cuando se dan las condiciones para contestar la paternidad las mismas que se encuentran precisadas en el artículo 363 del Código Civil esto es:

a.- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio.

⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Divorcio Filiación y Patria Potestad, Lima Grijley, 2004

b.- Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias que el esposo haya cohabitado con su mujer los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento del hijo.

c.- Cuando esta judicialmente separado durante el mismo período indicado en el caso anterior salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

d.- Cuando adolezca de impotencia absoluta

e.- Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN o de otras de validez científica con igual o mayor certeza que no existe vínculo parental.

A todo ello habrá que agregar, que la acción se ejercita dentro de los 90 días en que se produjo el parto si estuvo presente o desde el día siguiente de su regreso si estuvo ausente. Así lo señala el artículo 364 del Código Civil.

También se tendrá en cuenta que la Acción Contestatoria de Paternidad no procede en los supuestos que señala el artículo 366 del Código Civil, esto es:

a.- Si antes del matrimonio o reconciliación tuvo conocimiento del embarazo

b.- Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo.

c.- Si el hijo ha muerto a menos que subsista el interés legítimo en esclarecer la relación paterno-filial. Esta acción corresponde al marido y excepcionalmente a sus herederos y ascendientes como lo señala el artículo 367 del Código Civil.

2.1.3. TEORÍAS PARA FUNDAR LA PRESUNCIÓN PATER IS

Para explicar el fundamento de la presunción pater is , se han ensayado varias teorías. Dentro de ellas señalaremos:

a.- Teoría de la Cohabitación Exclusiva.- Se sustenta en el hecho de que las relaciones íntimas dentro del matrimonio sólo deben ser mantenidas entre los cónyuges por imperativo del artículo 288 del Código Civil. si se admite esta exclusividad de relaciones entre los cónyuges, es lógico concluir que el hijo nacido dentro del matrimonio es del marido.

b.- Teoría de Presunción de Fidelidad de la Esposa.- Se sustenta en el siguiente razonamiento: si por imperativo de la ley, los cónyuges se deben fidelidad y asistencia entonces la mujer debe fidelidad al marido y si esto es así, los deberes de débito sexual sólo se cumplirán con el marido en observancia del deber de continencia sexual de los cónyuges. Por tanto los hijos serán del marido

c.- Teoría de la Admisión Anticipada.- Se basa en el supuesto de que el matrimonio es un acto voluntario y que por ello el marido admite en forma anticipada la paternidad de los hijos que nazcan de su mujer.

d.- Teoría de la Accesión.- Dentro de esta concepción que tiene carácter patriarcal de muy antigua data, se entendía que la mujer era propiedad del marido. Por tanto el marido es el único que puede acceder a una relación carnal con ella, y por eso los hijos de su mujer sólo pueden ser suyos.

e.- Teoría de la Vigilancia.- Esta teoría también tiene carácter patriarcal y parte del supuesto de que la mujer esta totalmente subordinada al marido, quien tiene por ello el deber de vigilarla. Esta vigilancia determina que el hombre al ser titular de esta obligación deberá asumir la paternidad de los hijos de su mujer.

Sin embargo, debemos señalar que las presunciones de paternidad están siendo reemplazadas por la bio-pruebas como por ejemplo los grupos sanguíneos, ADN, etc.

2.2. LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

2.2.1. REFERENCIAS EN LOS TRES ÚLTIMOS CÓDIGOS CIVILES DEL PERÚ.-

La filiación extramatrimonial es la que se deriva de la procreación de un hijo entre un hombre y una mujer que no están unidos por matrimonio. Son hijos extramatrimoniales los concebidos fuera de la unión matrimonial, sin interesar la condición de los padres.

Históricamente la filiación extramatrimonial ha tenido un trato diferente respecto de la filiación matrimonial, ello a consecuencia del establecimiento de la monogamia y de la importancia que se le dio la matrimonio en diferentes

pueblos. Así en Roma se estimulaba la unión matrimonial para dar certidumbre y estabilidad a los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio. La protección al matrimonio trajo como consecuencia la sanción a las relaciones extramatrimoniales.

En nuestro país podemos hacer las siguientes referencias respecto de la filiación extramatrimonial en los 3 últimos códigos civiles:

a.- Código Civil de 1852.- Este código se ocupaba de la filiación extramatrimonial en la Sección IV, Título II, y la definía en forma negativa tratando a los hijos extramatrimoniales de una manera formalista y discriminatoria.

El artículo de 235 de ese código declaraba: Son hijos ilegítimos los que no nacen del matrimonio ni están legitimados.

Conforme a esta norma los hijos se clasificaban en:

a.1.-Naturales.- Son hijos de quienes no estaban casados ni tenían impedimento para contraer matrimonio

a.2.- Espurios.- Son los hijos procreados por lo padres que estaban impedidos de contraer matrimonio. Se clasificaban a su vez en:

- **Fornecinos.-** Son los hijos adulterinos es decir los nacidos de una relación en que los padres o alguno de ellos era casado.
- **Incestuosos.-** Eran los hijos engendrados por padres que tenían relaciones familiares entre sí. Ejemplo Hermanos, primos, etc.
- **Manceres.-** Eran los hijos engendrados en una mujer dedicada a la prostitución.
- **Sacrilegos.-** Eran los hijos engendrados por personas que ejercían oficio religioso.

Como ya señalamos este código tenía disposiciones discriminatorias para los hijos, entre los cuales podemos señalar:

- -La declaración judicial de paternidad no generaba derechos hereditarios (artículo 237)

▪ -Se prohibía toda indagación sobre la paternidad de los hijos ilegítimos (artículo 242).

b.- Código Civil de 1936.- El artículo 348 de este código señalaba que son hijos ilegítimos los nacidos fuera de matrimonio. Este texto dio lugar a algunas situaciones contradictorias. Así resulto legítimo el hijo engendrado y nacido antes del matrimonio, pues quedaba legitimado por el subsiguiente matrimonio de los padres conforme al inciso 1 del artículo 314; en cambio resulta ilegítimo el hijo engendrado dentro del matrimonio pero que nació después de la muerte de la madre, pues la muerte pone fin al matrimonio. Esta situación resultaba de la aplicación y mayor importancia que el Código dio a la teoría del nacimiento antes que a la teoría de la concepción.

No obstante este código, pese a las limitaciones señaladas significó un avance en varios aspectos determinado por el respeto y la importancia que se dio a la familia en otros países. Contiene artículos que posibilitan la investigación de la paternidad, no hace distinciones de clase entre hijos, independientemente si nacieron dentro o fuera del matrimonio; los deberes entre padres e hijos son idénticos, el hijo toma el apellido del padre que lo ha reconocido.

El artículo 366 de este Código señala los supuestos en los cuales la paternidad legítima puede ser judicialmente declarada :

- b.1.-** Cuando exista escrito indubitado del padre que lo reconozca.
- b.2.-** Cuando el hijo se encuentre en posesión constante de estado de hijo ilegítimo del padre.
- b.3.-** En los casos de violación , rapto cuando el delito coincide con la época de la concepción.
- b.4.-** Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato en la época de la concepción.
- b.5.-** En caso de seducción.

c.- Código Civil de 1984.- Este código en su artículo 386 expresa que son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera de matrimonio.

Sin embargo sus disposiciones difieren muy poco del código de 1936. No obstante que de acuerdo con la constitución mantienen la igualdad entre los hijos , aún conserva las denominaciones de hijos matrimoniales y extramatrimoniales que de todas maneras en el caso de estos últimos traduce un trato social y denominación despectivos.

2.2.2. EL RECONOCIMIENTO.

Tratándose de un hijo extramatrimonial la paternidad sólo puede ser establecida por reconocimiento expreso o por sentencia judicial que declara que existe el vínculo paterno-filial luego de haberse invocado una causal prevista en el código.

La palabra reconocimiento deriva del verbo latino *recognocere*, que significa declarar, admitir, convenir con algo o también examinar un hecho para percatarse de su naturaleza o identidad. Si aplicamos este significado a la filiación extramatrimonial concluiríamos que se trata de convenir en la paternidad del hijo, luego de percatarse de su identidad.

El reconocimiento viene a ser la declaración de voluntad destinada a producir un efecto jurídico que es el de crear un estado familiar. en este reconocimiento el padre o la madre admite expresamente la paternidad o maternidad del hijo. Este acto constituye un deber de los padres y también un derecho del hijo. Para Peralta Andía "el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales es un acto jurídico familiar por el que una persona declara la paternidad o maternidad de un hijo extramatrimonial, manifestando formalmente la relación paterno-filial por razones de conciencia o de íntima convicción" ⁸

2.2.2.1. FORMAS DE RECONOCIMIENTO

La importancia y trascendencia del reconocimiento como acto que establece la relación paterno-filial entre el padre y un hijo nacido fuera de matrimonio, determina que deba constar en un documento veraz, fehaciente y seguro, que además no ofrezca duda a cerca de su contenido.

⁸ PERALTA ANDIA , Javier op. cit

Por la naturaleza del acto del reconocimiento el legislador ha escogido 3 formas: por ante el Registro de Nacimiento, por escritura pública y por testamento.

a.- Por Ante el Registro de Nacimiento.- Es la forma más usual de reconocimiento y se realiza con el apersonamiento del padre por ante el Registro de Nacimiento de la oficina del Registro de Estado Civil, en donde se extenderá el acta respectiva, firmada por el reconociente y autorizada por el funcionario correspondiente.

b.- Por Escritura Pública.- Se practica por ante el notario público, con las formalidades establecidas por la Ley del Notariado. El documento que contiene el reconocimiento otorgado por ante un funcionario que es depositario de la buena fé tiene el carácter de público y por tanto resulta idóneo para el reconocimiento del vínculo filial.

c.- Por Testamento.- El testamento por su naturaleza puede tener un contenido extrapatrimonial dentro del cual se encuentra el reconocimiento.

Cualquier tipo de testamento resulta idóneo para practicar el reconocimiento. Y aunque sea anulado siempre surte efectos respecto del reconocimiento lo que coincide con la normatividad de otros países como Ecuador, México y Guatemala.

2.2.2.2. CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO.

Entre los más importantes señalaremos los siguientes:

a.- Es facultativo.- Esta característica implica que es un acto que nace de la voluntad de quien lo practica, la única limitación conforme la artículo 392 del Código Civil, es que no se puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo.

b.- Es un acto formal .- En razón a que su cumplimiento requiere de ciertas solemnidades que la ley establece, por ejemplo: que se haga en el Registro del Estado Civil, por escritura pública o por testamento.

c.- **Es individual** .- Porque sólo liga al padre o la madre con el hijo que reconocen.

d.- **Es personal**.- Porque sólo el padre o la madre que reconocen, pueden afirmar la existencia del vínculo de la filiación. Consideramos que el reconocimiento por medio de apoderado constituye una excepción al carácter personal del reconocimiento. Es necesario precisar que en este caso el apoderado debe estar investido de facultades especiales de este acto, sin embargo nuestro código no tiene norma expresa al respecto pero la naturaleza del acto así lo exige. La ley también faculta a los abuelos para el reconocimiento del hijo extramatrimonial en caso de muerte del padre o la madre, en caso de incapacidad absoluta en caso de que los padres se encuentren privados del discernimiento, sean sordomudos, ciego sordos o ciego mudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable o cuando los padres sean menores de 14 años. Así lo precisa el artículo 389 del Código Civil.

e.- **Es unilateral**.- Por cuanto no requiere de la aceptación del hijo al cual se reconoce, basta el reconocimiento del padre.

f.- **Es incondicional**.- Pues es un acto puro y simple ya que no admite modalidad, es decir no está sujeto a plazo, condición o cargo por los cuales se pueda modificar la voluntad del reconociente. Así lo señala el artículo 395 del Código Civil.

g.- **Es irrevocable**.- Porque una vez realizado no puede dejarse sin efecto. Así lo precisa el artículo 395 del Código Civil.

2.2.2.3. SUJETOS DEL RECONOCIMIENTO

Señalamos los siguiente:

a.- **Sujetos Activos**.- Son las personas que están facultados por ley para practicar el reconocimiento y pueden ser:

a.1.- **Ambos Padres o uno Solo**.- El artículo 388 del Código Civil legisla la posibilidad de reconocimiento conjunto, es decir por ambos padres del hijo extramatrimonial. Pero también es

posible que uno de los padres y en forma independiente practique el reconocimiento, para este supuesto el artículo 392 del Código Civil establecía como limitación la de no revelar el nombre de la persona con la cual se ha tenido el hijo. El fundamento de esta prohibición está en la cautela del derecho de la privacidad de los padres y de la seguridad familiar. No obstante tal disposición colisiona con derechos fundamentales y por ello ha sido objeto de modificación .

a.2.- Los Abuelos.- Se encuentran legitimados para practicar el reconocimiento del hijo extramatrimonial, sólo en los casos en que los padres hubieran muerto o se hallen privados de discernimiento, sean sordomudos, ciego sordos o ciego mudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable o cuando los padres sean menores de 14 años, sufran de retardo o adolezcan de deterioro mental que les impida expresar su voluntad, o se encuentren en situación de desaparecidos.

La facultad concedida a los abuelos no requiere de autorización judicial, basta que acrediten su condición de tales con documento idóneo. Esta posibilidad de reconocimiento nos hace ver que tal acto no tiene carácter de personalísimo, pues hay excepciones .

Es conveniente precisar también que en los casos de incapacidad del padre a los que hace mención el artículo 389, será necesario previamente que tal incapacidad sea declarada por el juez, luego de ello los abuelos están legitimados para practicar el reconocimiento.

a.3.- Los Menores de Edad.- La legitimidad en estos casos está prevista por ley siempre que hubieran cumplido 14 años de edad. La ley 27201 en su artículo 1 permite que el reconocimiento del hijo extramatrimonial pueda ser practicado por el menor que hubiera cumplido 14 años de edad. La posibilidad de reconocimiento de hijo extramatrimonial practicado por un menor de edad nos lleva a la conclusión que la capacidad para

practicar el reconocimiento no se rige por la reglas de la capacidad en general, pues basta que el sujeto activo, en este caso, sólo tenga la capacidad de discernimiento.

b.- Sujeto Pasivo.- El sujeto pasivo del reconocimiento, es la persona del reconocido. Por la naturaleza del acto el reconocimiento se realiza sin su concurso pues su voluntad no cuenta para este evento.

Conforme a nuestro Código Civil los sujetos pasivos del reconocimiento son los siguientes:

b.1.- Los Hijos Extramatrimoniales.- Conforme a nuestra legislación todos los hijos extramatrimoniales pueden ser reconocidos, mediante las formas precisadas anteriormente .

b.2.-Los Hijos Simplemente Concebidos.- El artículo 392 establece por excepción que la prohibición de no revelar el nombre de la persona con quien se hubiera tenido el hijo no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido. Esta excepción se refiere pues, al hijo extramatrimonial que está por nacer, y tiene sustento en lo dispuesto por el artículo 1 del Código Civil que establece que el concebido es sujeto derecho para todo cuanto le favorece.

La ausencia de esta excepción impediría que un padre reconozca a un hijo que está por nacer y además por esta condición es imposible que no se revele el nombre de la madre que está gestando el hijo.

b.3.-Hijos Fallecidos.- Conforme al artículo 394 del Código Civil es posible el reconocimiento post mortem del hijo extramatrimonial, siempre que el hijo muerto haya dejado descendientes. La razón es el amparo de los descendientes del fallecido.

En doctrina se ha cuestionado el reconocimiento por considerar que el motivo podría ser heredar al difunto. Por eso

nuestro código ha puesto como condición que el fallecido tenga descendientes.

Sin embargo, si bien se ha impedido que el reconocimiento se haga por interés se ha dado lugar a situaciones absurdas por decir lo menos. Así, lo verificamos en el caso de que se trate de un hijo que por su edad no haya podido tener descendientes y que haya fallecido y que además no tenga bienes. Conforme a este artículo el reconocimiento post mortem no sería posible en estos casos .

2.2.2.4. EFECTOS DE RECONOCIMIENTO

Podemos señalar los siguientes:

a.- Adquisición de Estado de Hijo.- El estado adquirido por el hecho del reconocimiento da al reconocido un status familiar de hijo ante toda la familia y la sociedad. El reconocimiento tiene efectos retroactivos y determina que el hijo adquiera todos los derechos y obligaciones señalados por ley.

b.- Ejercicio de la Patria Potestad para el Reconociente.- Como consecuencia del reconocimiento el padre adquiere el deber y el derecho de cuidar de la persona y de los bienes de los hijos menores conforme al artículo 418 del Código Civil , es decir la Patria Potestad..

c.- Adquisición del Derecho Alimentario.- Como consecuencia del reconocimiento el reconocido adquiere el derecho de recibir alimentos por parte del padre conforme al artículo 287 del Código Civil . Pero también adquiere la obligación de proporcionarlos en los casos previstos por ley, excepto si fue reconocido cuando tenía mayoría de edad conforme a lo dispuesto por el artículo 398 del Código Civil.

d.- Adquisición del Derecho Hereditario.- Con el reconocimiento nace el derecho a heredar para el reconocido y también para el reconociente voluntario, salvo que el hijo sea mayor de edad caso en

el cual el reconociente no tiene derecho a heredar a no ser que el hijo consienta en el reconocimiento y haya tenido la posesión constante de estado conforme lo precisa el artículo 398 del Código Civil.

e.- Adquisición del Apellido del Reconociente.- Conforme al artículo 21 del Código Civil al hijo extramatrimonial le corresponde los apellidos del progenitor que lo haya reconocido. En virtud de ello el hijo reconocido adquiere el apellido del padre y el derecho de usarlo.

3. SISTEMAS DE INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD

Cuando no existe reconocimiento voluntario, entonces opera la declaración judicial de filiación de la que puede hacer uso el hijo por sí, o por medio de su representante legal. La falta de reconocimiento voluntario puede deberse a actos de mala fe o también a la falta de certeza. La investigación judicial de paternidad pues, es un modo de declarar la filiación por medio del órgano jurisdiccional a fin de establecer el status de hijo por medio de una sentencia.

A partir del Código de Napoleón y hasta parte del siglo XX la investigación de la paternidad fue prohibida bajo el fundamento de que dicha investigación se podría prestar a actos de chantaje, afectándose de esa forma el derecho de intimidad del padre y por tanto de la familia que podría tener. Se protegía supuestamente a la intimidad del padre hasta el extremo que el sistema se convirtió en un cómplice del padre y de la integridad de la familia bajo el razonamiento entre dos males debería preferirse el menor, y por ello se consideraba que era preferible que un ser se quede sin padre antes que se muestre a la sociedad procesos escandalosos derivados de la investigación judicial.

Otro argumento que abonaba este criterio era que los derechos que derivaban del reconocimiento solo podían tener un origen legítimo en la voluntad del reconociente.

Fue después de la primera guerra mundial (1914) y con el surgimiento de los primeros movimientos feministas que nace el criterio de investigación de la paternidad el mismo que se fortalece luego de la segunda guerra mundial, este tema es pues, una conquista del derecho del siglo XX.

No obstante las conquistas a favor de la paternidad en nuestra legislación aun hay rezagos de la prohibición de investigación de paternidad bajo el sustento de la protección del principio de la intimidad y de integridad familiar; así lo podemos verificar de la lectura de los siguientes artículo del Código Civil :

- Artículo 376: Cuando se reúnan a favor de la filiación matrimonial la posesión constante de estado y el título que dan las partidas de matrimonio y la partidas de nacimiento, la paternidad no puede contestar por ninguna ni aun por el propio hijo.
- Artículo 396 el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiera negado y obtuviera sentencia favorable.
- Artículo 402: en su parte final precisa que la prueba del ADN no es aplicable respecto del hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.
- Artículo 404: si la madre estaba casada en la época de la concepción sólo puede admitirse la declaración judicial de paternidad extramatrimonial en caso de la que el marido hubiese contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.
- Artículo 392: cuando el padre o la madre hicieran el reconocimiento separadamente, no pueden revelar el nombre de la persona con quien hubieran tenido el hijo, toda indicación al respecto se tiene por no puesta.

Los sistemas de investigación de paternidad reconocidos por la doctrina son los siguientes:

3.1. SISTEMA PROHIBITIVO

Este sistema que restringe la investigación de la paternidad y o prácticamente lo prohíbe, tiene su sustento en el principio de protección a la familia y el derecho del padre a la privacidad, respecto de los cuales prácticamente brinda una protección absoluta, mientras que el derecho a la paternidad y a conocer a sus padres tiene un carácter restringido. Ello explica porque este tipo de sistema prohíbe la investigación de paternidad.

Para este sistema pues son mas importantes los principios morales, religiosos y éticos que sustenta la paz familiar y la privacidad del padre antes que la investigación sobre paternidad que podría afectarla.

El Código Civil de 1852 que tuvo su inspiración en el código de Napoleón prohibió la investigación de la paternidad. En efecto el artículo 242 de dicho código señala que se prohíbe toda indagación sobre paternidad cuando se trata de los derechos que los hijos ilegítimos tienen respecto de la madre y de los parientes de éste.

La prohibición de la paternidad en el Código de Napoleón se produjo como una reacción al sistema anterior que se consideraba abusivo. En efecto en ese sistema anterior la mujer honesta con su sola indicación podía lograr el pago de los gastos respecto del hombre que ella aseguraba como autor de su embarazo en el tiempo que regía la máxima “ *creditur virgini pregnantis*”. "Sin embargo respecto de la filiación era necesario una prueba mas concreta. Para rechazar la imputación le bastaba al demandado probar la mala conducta de la madre" ⁹

Los abusos que se produjeron bajo este sistema dieron lugar a escándalos y chantajes, de tal manera que se protestó contra ellos y por eso , en la Revolución Francesa de 1789 y posteriormente con el Código de Napoleón se implanto el sistema prohibitivo.

3.2. SISTEMA AMPLIO O PERMISIVO.

Este sistema se caracteriza por su amplitud probatoria y permite la investigación de la paternidad incluso desde la concepción, utilizando una variedad de medios probatorios. El sustento de este sistema esta en el reconocimiento de la dignidad del ser humano.

En este sistema pues, no hay ninguna prohibición de investigación de la paternidad natural se facilita toda clases de pruebas a través de una presunción de paternidad derivada de la cohabitación con la madre durante el tiempo de la concepción, desde los 181 días hasta los 302 anteriores al nacimiento. También se puede destruir esta presunción mediante pruebas relativas al mantenimiento de relaciones de la mujer con otro hombre o que ya hubiera estado embarazada cuando se sostuvieron las relaciones sexuales. Permite la acción de alimentos al hijo pero no impide una acción denegatoria de filiación que podría extinguir en su caso la pensión alimenticia.

3.3. SISTEMA MIXTO.

Este sistema permite la investigación de la filiación en determinados casos o presunciones, contempla también una acción de alimentos a favor del hijo y de la madre, pero también establece criterios que restringen la investigación de la filiación.

⁹ . COLIN Ambroise, CAPITANT Henry. Curso Elemental de Derecho Civil, Madrid, Reus, 1922

Da pues, importancia al derecho del ser humano de conocer a sus padres pero también ampara el derecho del padre a la intimidad y también a la protección de la familia. La ponderación de estos derechos corre a cargo del juez.

Los Código Civiles de 1936 y 1984 admitieron la investigación de la filiación en determinados casos, que se denominaron presunciones y que en el Código Civil de 1936 se localizaron en el artículo 366 en número de 5 y en el de 1984 en el artículo 402 en número de 6 . Hoy las presunciones de paternidad están siendo desplazadas por las llamadas biopruebas, entre ellas la prueba del ADN. Estas pruebas han sido reglamentadas por la ley 28475 del 8 de enero del 2005 que precisa también las consecuencias de la negativa al sometimiento a dichas pruebas.

Nuestro Código Civil establece los casos en los que se permite la investigación de la paternidad y también los casos en que se permitan acciones por alimentos a favor del hijo de la mujer que tuvo relaciones con el varón en la época de la concepción (artículo 415). Las presunciones relativas sobre la paternidad permiten determinarla o impugnarla. Este código preserva también la institución familiar de procesos escandalosos e injustificados que podrían afectarla moralmente, prefiere mantener la filiación extramatrimonial en beneficio del hijo de la madre bajo el sustento de razones de orden moral de tal manera que no puedan coexistir jurídicamente una filiación matrimonial con otra de carácter extramatrimonial. El código también impide la investigación en los casos de los artículos 376, 392, 396, 402 y 404 como ya se ha expuesto.

El surgimiento de la pruebas biológicas sobre todo del ADN, ha determinado que la investigación de paternidad pasemos de presunciones, hechos inciertos a resultados determinantes y certeros basados en investigaciones científicas. Con ello las otras presunciones de paternidad prácticamente han sido desplazadas, así lo podemos desprender de la ultima parte del artículo 402 que señala: que el juez desestimarás las presunciones cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

A manera de resumen de este capítulo podemos decir que hemos encontrado las siguientes ideas importantes:

La filiación es la más importante relación de parentesco que vincula a una persona con todos sus ascendientes y descendientes. De esta relación nacen una serie de derechos y obligaciones entre el generante y el generado.

Aunque la Constitución Política en el artículo 6 prescribe la igualdad entre los hijos y prohíbe toda mención respecto a la naturaleza de la filiación, el Código Civil sigue manteniendo la denominación de Filiación Matrimonial y Filiación Extramatrimonial. Si bien se ha tratado de justificar este hecho solo para efectos de denominación, en la práctica resulta una suerte de discriminación en la que los hijos extramatrimoniales llevan la peor parte.

Históricamente en los Códigos Civiles de nuestro país, los derechos de los hijos extramatrimoniales han ido evolucionando respecto del reconocimiento de la igualdad con los matrimoniales. Así desde el Código Civil de 1852 que postergaba totalmente a los hijos extramatrimoniales y los consideraba como fruto de un acto pecaminoso, la legislación ha evolucionado hasta consagrar la igualdad de sus derechos con los hijos matrimoniales y reconocer la dignidad del acto de su concepción en el Código Civil de 1984.

La filiación extramatrimonial sólo puede ser establecida por reconocimiento expreso de los padres o por sentencia judicial que declare que existe el vínculo paterno-filial.

CAPITULO II

EL DERECHO DEL NIÑO A CONOCER A SU PADRES

1. NATURALEZA DEL DERECHO DE FILIACIÓN

El derecho del niño a conocer su verdadera filiación, es sin duda un derecho humano, que luego ha sido positivizado en diferentes instrumentos legales y por tanto, se trata de un derecho fundamental

“Los derechos humanos, son prerrogativas inalienables, perpetuas que corresponden a toda persona por su condición de ser humano”¹⁰. Uno de los derechos mas trascendentes del ser humano es saber quienes lo han engendrado, y por ello este derecho, es de innegable trascendencia para el niño que no ha sido reconocido por sus progenitores o por alguno de ellos.

En el Perú las normas en materia de filiación han mostrado un evidente progreso al que ya hemos hecho referencia anteriormente, bajo este progreso es que por ejemplo se ha equiparado las filiaciones extramatrimoniales con las matrimoniales

La investigación de la filiación permite acceder al derecho del niño a conocer a sus padres, esta investigación pues tiene como fin establecer la verdad biológica del hijo respecto de sus padres. La importancia de este derecho determina que se considere como cuestión de Orden Público y por ello el Estado a través del Ministerio Público promueve la acción de reconocimiento de paternidad.

¹⁰ PEREZ LUÑO, Antonio. Los Derechos Fundamentales, en Curso a Distancia Para Magistrados . Academia de la Magistratura. Lima 2005

2. LA PROTECCIÓN JURIDICA DEL NIÑO .

Conforme a la Doctrina de la Protección Integral, los niños poseen todos los derechos que tienen los adultos siempre teniendo en cuenta sus edad, y poseen además todos aquellos derechos que les corresponde por su condición de seres en desarrollo. Pero en atención a la particular situación de vulnerabilidad y dependencia es que se justifica otorgarles una protección que se traduce en un trato deferente que les permita el cabal ejercicio de sus derechos.

Entre los derechos mas importantes del niño, esta el de conocer a sus padres. Este derecho lo encontramos consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, que señala que toda persona tiene derecho: a la vida , a su identidad, a su integridad moral, síquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El artículo 4 de la norma fundamental precisa que la Comunidad y el Estado protege especialmente el niño, al adolescente, también protege a la familia.

El Código Civil señala en su artículo 5 que el derecho a la vida, a la integridad física, al honor y demás inherentes a la persona humana, son irrenunciables. El Código de los Niños y Adolescentes señala en el inciso e del artículo 45, la posibilidad de que los defensores del Niño y del Adolescente, fomenten el reconocimiento voluntario de la filiación.

El derecho en comentario, también lo encontramos en la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 2 que consagra el derecho a la no discriminación al señalar que los estados partes, respetarán los derechos enunciados en esta Convención y asegura su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción , sin distinción alguna independientemente la raza, el color, el sexo, el nacimiento o cualquier otra condición del niño. Esta norma y las anteriormente citadas nos llevan a la conclusión de que no debe haber distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Nuestra Constitución pues, trata el derecho a la identidad como un derecho fundamental explícito , ya que conocer su verdadera identidad para una persona forma parte de la dignidad humana y está íntimamente ligada a la libertad. Por tanto la

negativa a practicar el reconocimiento de un hijo, es una agresión de la magnitud que adquiere aquella que niega o desnaturaliza su verdad histórica”¹¹.

La dignidad está reconocida como un derecho fundamental en el artículo 3 de nuestra Constitución cuando señala que la enumeración de los derechos, no excluye a los que se fundan en la dignidad del hombre.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su preámbulo, señala que los pueblos de las Naciones Unidas, han reafirmado en la carta, su fe en los derechos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres.

La Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948 precisa que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza, de razón y conciencia deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, señala que ... conforme a los principios enunciados en la carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables ... estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.

La Convención Americana Sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 en su preámbulo reconoce que, los derechos esenciales del hombre, no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.

La Declaración de los Derechos del Niño en su principio 2 prescribe que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por Ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse, física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar Leyes con este fin, la consideración fundamental será el Principio del Interés Superior del Niño.

¹¹ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. El Derecho a la Identidad Personal. Astrea, Buenos Aires 1992.

La dignidad de la persona humana aparece siempre como el principio cardinal que fundamenta y articula todos los derechos humanos, es el núcleo esencial y común de cada derecho . En este mismo orden de ideas Alex Plácido señala que “ la identidad personal hace a la personalidad como la libertad a la vida “¹².

Por estas razones, la filiación extramatrimonial no reconocida voluntariamente constituye un acto innoble, reprochable, pues aunque se trate de un acto voluntario , el reconocimiento constituye un deber, una responsabilidad jurídica y desde este punto de vista debemos señalar que quien incumple esta responsabilidad debe asumir los daños por tal incumplimiento. Este derecho no ha sido reconocido aun expresamente para el hijo dañado por este incumplimiento . Sin embargó resultaría pertinente el artículo 17 del Código Civil, que señala que la violación de cualquiera de los derechos de la persona confiere al agraviado, el derecho a accionar por los actos lesivos.

3. EL DERECHO A FILIACIÓN : DERECHO FUNDAMENTAL

Históricamente “ el derecho del ser humano a conocer a sus padres comienza con el individualismo y culmina con la plasmación de los ideales ilustrados del derecho positivo “¹³ .En efecto los siglos XVII y XIX, se caracterizan por el reconocimiento restringido cuando no por el desconocimiento del reconocimiento, mientras que desde el siglo XX hasta hoy encontramos una incesante búsqueda de mecanismos que tienden a garantizar la filiación de un modo eficaz, siendo uno de estos mecanismos, el empleo del ADN. Como lo hemos expuesto anteriormente, han sido las ideas sobre dignidad , las que han dado lugar a esta última concepción.

Pese a que existen disposiciones en nuestro sistema legal y aun del orden internacional que protegen al niño, ninguno de ellos proporciona un concepto de lo que se debe entender por filiación, ni establece los criterios necesarios para proceder a definir su contenido esencial.

Aunque no exista esa previsión en nuestro ordenamiento jurídico, podemos afirmar que le es exigible al legislador y al operador jurídico el respeto al contenido esencial del derecho a la filiación. Y a este respecto podríamos señalar, que se entiende por contenido esencial de los derechos fundamentales aquella parte del derecho que es

¹² PLACIDO VILCACHAHUA, Alex Filiación y Patria Potestad, Gaceta Jurídica, limo 2003

¹³ PLACIDO VILCACHAHUA, Alex. OP.Cit.

absolutamente necesaria para los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho al y que determinan que los mismos resulten concreta y efectivamente protegidos. Es lo que se llama el núcleo duro que permite reconocer al derecho fundamental como tal y no como otra cosa .

Como ya lo señalamos, respecto del derecho del niño a conocer a sus padres, no existe en nuestro orden interno ninguna disposición expresa no obstante de tratarse de un derecho fundamental cuya jerarquía ya hemos señalado. Por ello en los procesos de filiación resulta de aplicación lo dispuesto por la cuarta disposición final y transitoria de nuestra Constitución, que señala que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Por otro lado el artículo 3 de la Constitución Política señala que los derechos establecidos en este capítulo no excluye a los demás que la Constitución Garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre. Por ello, tratándose de derechos fundamentales, la búsqueda no tiene que limitarse solo al texto expreso de la Carta Fundamental: Así pues bastará o será suficiente que una particular especie de derecho tenga su fundamento en la dignidad humana para que pase formar parte del bloque de Constitucionalidad que la Constitución ampara.

El derecho del niño a conocer a sus padres, se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana. El derecho pone al alcance del accionante los mecanismos legales, que en este caso son las acciones de filiación cuyo fin es que la persona se una con quien verdaderamente es su padre y su madre, independientemente de que sus padres se encuentren casados o no.

Los derechos fundamentales, están pensados también para regir las relaciones entre particulares y por tanto son oponibles frente a terceros, por ello podemos concluir que el derecho del niño a conocer a sus padres debe protegerse, tanto de las disposiciones legales que lo hagan ineficaz por desconocer su contenido esencial como porque, ya en un segundo momento, se debe buscar una protección positivizada que garantice el derecho no solo frente a eventuales ataques que provengan del poder público o de particulares.

Por su propia naturaleza de derecho fundamental, el derecho a conocer a los padres, tiene una dimensión subjetiva y también objetiva, en su dimensión objetiva, no solo es un derecho de defensa, sino que también lleva consigo obligaciones positivas a cargo del Estado y exigencias institucionales o procedimentales.

Desde la perspectiva objetiva, el derecho a conocer a los padres se constituye en un criterio preferente a tener en cuenta en todo proceso de creación o aplicación del Derecho. Este derecho solo puede ser desarrollado por una Ley que en todo caso no afecte su contenido esencial. De esto se desprende que las restricciones que el legislador pueda imponer al ejercicio de este derecho, están limitadas desde el punto de vista formal y material.

3.1. CORRIENTES

Conceptualmente, para concretar el derecho de conocer a los padres, hay dos corrientes:

a.- La Corriente Restrictiva.- Que permite la investigación en la medida de lo posible. El Derecho está restringido exclusivamente a los supuestos autorizados para iniciar la investigación de la filiación y está basado exclusivamente en presunciones .

En la tesis restrictiva el ejercicio del derecho de conocer a los padres, se concreta en las causales determinadas que fija la Ley, y en nuestro caso se encuentran puntualizadas en el artículo 402 del Código Civil estos es :

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

a.2.- Cuando el hijo se encuentre en posesión constante de Estado o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda .

a.3.- Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción

a.4.- Cuando la comisión del delito coincida con la época de la concepción en los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer .

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

a.6.- Cuando se acredite el vínculo parental a través de la prueba del ADN.

Sin embargo la realidad social ha desbordado la previsión de la Ley, no solo en nuestro país sino en los que rige el sistema restrictivo, dando lugar a discriminaciones o a falta de tutela judicial como es el caso del hijo procreado en un encuentro ocasional de los padres o del hijo que tuvo posesión constante de estado antes del año al que se refiere la segunda causal del artículo 402. La utilización de criterios restrictivos en la interpretación del significado y contenido de un derecho fundamental, vulnera el principio *pro libertate* por el cual, en caso de duda se requiere de una interpretación amplia de los derechos fundamentales.

b.- La Corriente de Libre Investigación de la Filiación.-Que permite investigar la filiación con amplia libertad probatoria incluso desde la gestación.

Es a la luz de estos conceptos que se puede examinar el derecho del ser humano de conocer a sus padres en la medida de lo posible conforme lo señala el inciso. 1 del artículo 7 de la Convención Sobre los Derechos del Niños.

Por su jerarquía e importancia el derecho de conocer a los padres, exige para su cabal ejercicio un sistema amplio y libre, de investigación, pues el derecho a conocer a sus padres, por su naturaleza de derecho fundamental, no puede admitir una concepción restringida que sería contraria a la dignidad humana. Debe tenerse en cuenta pues, que la Constitución como norma suprema y por su propia naturaleza, sus términos no pueden ser interpretados de la misma manera que las normas del Derecho Civil. Por ello la interpretación de normas respecto de un derecho fundamental tanto en concepto como es su contenido, habrá que delimitarla con criterios hermenéuticos propios del Derecho Constitucional mientras que en el ámbito del Derecho Civil se procederá a la aplicación de sus normas propias.

Como ya lo precisamos, el derecho a conocer a los padres tiene una íntima relación con el principio de dignidad y con los aspectos esenciales de la persona y por ello requiere de un sistema de libre investigación de la filiación, la dignidad se manifiesta como núcleo de todos los derechos fundamentales, sin embargo tal manifestación se hace mas patente en el derecho a la verdad biológica.

La dignidad del ser humano es el principio Supremo , tanto para el derecho interno como para el derecho externo, y consecuentemente quien quiera que se encuentre en la necesidad de invocar el valor normativo, constitucional de un atributo o libertad que nuestra Carta no provea de modo expreso, no tendrá sino que edificar su construcción conceptual sobre la proyección que tal principio establezca. Será pues dentro de los parámetros del valor de la dignidad que se buscará hacer reposar toda clase de argumentación jurídica .

Las acciones de filiación como manifestación concretas del derecho a conocer a los padres, participan del carácter imprescriptible e irrenunciable de este derecho.

4. EL DERECHO DEL PADRE A LA INTIMIDAD

En la tesis restrictiva, el derecho a la filiación se ha postergado porque se prefiere cautelar el derecho del padre a la intimidad. En esta parte de la investigación, analizaremos ese derecho.

La privacidad se encuentra ligada a la intimidad . El término intimidad viene del vocablo latino “*intimus*” que se refiere a lo interno, lo recóndito. La intimidad es pues la interioridad de la persona, su vida privada, lo recóndito y secreto.

El derecho a la vida privada surge como una institución jurídica específica en Estados Unidos en 1881 como “el derecho a ser dejado tranquilo y de no ser arrastrado a la publicidad”¹⁴. Posteriormente lo han reconocido diferentes instrumentos internacionales.

El artículo 12 de la Declaración Universal del los derechos Humanos de 1948 señala: nadie será objeto de injerencias, arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

El inciso 1 del artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre establece que: toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

¹⁴ NOVOA MONTREAL , Eduardo. Derecho a la Vida Privada y a la Libertad de Información, un Conflicto de Derechos, Siglo XX Editores , México, 1981

Este mismo derecho es también protegido por el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 en el artículo 17; los incisos 2 y 3 del artículo 11 de la Convención Americana del DH de 1969 de San José de Costa Rica.

De las normas citadas, se concluye que el derecho a la intimidad y por tanto a la privacidad, se caracteriza por el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada. El derecho a la intimidad pues, hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos. a la injerencia o al conocimiento de extraños Lo íntimo es un derecho fundamental y como tal debe mantenerse en esa condición, es decir pertenecer a una esfera o ámbito reservado, no conocido, no sabido, no divulgado.

El derecho a la intimidad pues es un derecho fundamental y por tanto su limitación debe tener un sólido sustento legal. Forman parte del contenido del derecho a la intimidad, situaciones que pertenecen a la vida privada de una persona. Es decir ideas, creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que la persona desee sustraer de conocimiento ajeno; aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual ; aspectos no conocidos por extraños referentes a la vida familiar; especialmente los de índole embarazosa para el individuo o para el grupo; defectos anomalías, físicas o síquicas no ostensibles; comportamientos del sujeto que no son conocidos por extraños y que de serlo originarían críticas y desmejoraría su situación social; afecciones de salud cuya trascendencia menoscaben el juicio que para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del sujeto; contenidos de comunicaciones orales o escritas de tipo personal; episodios sobre la vida del sujeto de carácter bochornoso; orígenes sociales que lastimen la posición social; cuestiones que conciernan a la filiación y a los actos de estado civil y otros actos relativos a las funciones biológicas, momentos penosos y en general actos cuya trascendencia a terceros produzcan perturbación síquica, o moral del afectado.

Existe también una intimidad familiar a la que todos tenemos derecho básicamente porque la estructura natural de la familia a supone un hábitat propio de reflexión.

En nuestra Constitución el derecho a la intimidad está previsto en el inciso. 7 del artículo 2, que señala que toda persona tiene derecho al honor, buena reputación, a la intimidad personal y familiar .

El Código Procesal Constitucional establece en el Título III, Capítulo I que la intimidad es uno de los derechos protegidos. en efecto el artículo 37, señala que Amparo procede en contra de los siguientes derechos, inciso 8 : del honor, intimidad, voz, imagen.

5. EL DERECHO DEL NIÑO A CONOCER A SUS PADRES. Y DEL DERECHO DEL PADRE A LA INTIMIDAD.

Como ya lo precisamos, nuestro Código Civil sigue el sistema mixto de filiación, es decir permite la investigación de la paternidad cuando existan determinadas situaciones que están expresadas en presunciones. Ello implica que no hay libertad probatoria plena o irrestricta, pues la prueba debe referirse a la causal invocada. Sin embargo nuestro código, si bien permite conocer a los padres en determinados supuestos, en otros casos le pone como límite el derecho a la intimidad.

En el ejercicio del derecho a conocer a los padres, deberá pues determinarse cual de los derechos debe primar sobre el otro, el derecho del Niño de conocer a sus padres o el derecho a la privacidad del padre, habida cuenta que ambos sirven, como fundamento de sendos sistemas de filiación; el derecho a conocer a sus padres sirve como fundamento del sistema amplio y el derecho a la intimidad del padre, sirve como sustento al sistema prohibitivo.

Nuestro Código Civil ha adoptado el sistema mixto de filiación que permite la investigación en los supuestos señalados en el artículo 402 , que son presunciones en su mayoría. En otros casos lo prohíbe como ya lo hemos señalado anteriormente, en los artículos 376,392,396 y 404 del Código Civil.

- Artículo 376: que señala que cuando se reúnan a favor de la filiación matrimonial la posesión constante de estado y el título que dan las partidas de matrimonio y la partidas de nacimiento, la paternidad no puede contestar por ninguna ni aun por el propio hijo.

- Artículo 396 que precisa que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiera negado y obtuviera sentencia favorable.
- Artículo 402: que en su parte final precisa que la prueba del ADN no es aplicable respecto del hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.
- Artículo 404: que señala que si la madre estaba casada en la época de la concepción sólo puede admitirse la declaración judicial de paternidad extramatrimonial en caso de la que el marido hubiese contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.

De todos los supuestos señalados por el artículo 402, sólo la prueba del ADN proporciona certeza sobre la paternidad, las otras son insuficientes para ampara el derecho de muchos seres humanos que no pueden ejercer el derecho a conocer a sus padres por no encontrarse dentro de los supuestos señalados por la Ley. En el caso del ADN la dificultad se manifiesta en la falta de recursos económicos para pagar el valor de la prueba del ADN cuyo costo bordea los 800 dólares.

El artículo 392: que precisa que cuando el padre o la madre hicieran el reconocimiento separadamente, no pueden revelar el nombre de la persona con quien hubieran tenido el hijo, toda indicación al respecto se tiene por no puesta; expresan el respaldo que da la Ley al derecho a la intimidad del padre, a la seguridad de la familia , pero por otro lado está del derecho del niño de conocer a sus padres. Cabe preguntarse pues que hacer en los casos en que concurren ambos derechos, ¿ cual es el que prima ? ¿ cual es el límite y el contenido esencial de estos derechos fundamentales ?

6. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO PARA DETERMINAR LA PRIMACIA DEL DERECHO .

Toda limitación de un derecho fundamental significa una restricción respecto del otro. En doctrina se reconocen 2 razones jurídico constitucionales como legítimas para limitar el ejercicio de un derecho fundamental:

- a. El reconocimiento de los derechos fundamentales se realiza de manera Universal o general a todos los individuos, por lo que el ejercicio de los derechos requiere de relaciones de coordinación y compatibilización de cada uno de los atributos.

b. El reconocimiento de cada derecho fundamental no se realiza de manera aislada, sino que, al tiempo que se reconocen otros derechos fundamentales, también se incorporan un conjunto de bienes y valores de orden constitucional que exigen como condición para alcanzarlos, que en determinadas circunstancias, el ejercicio de los derechos tenga que ser necesariamente restringido.

Esos límites bien pueden ser fijados directamente por el ordenamiento constitucional como es el caso del derecho a la libertad de creencia prevista en el inciso 3 del artículo, inciso 2 de la Constitución cuando señala que el ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral, ni altere el Orden Público, por tanto conforme a la Constitución, los límites al derecho de libertad de creencia son la moral y el orden público. Otro ejemplo lo constituye, el derecho a contratar previsto en el inciso 14 de la Constitución, que señala que toda persona tiene derecho a contratar, siempre que no se contravengan las leyes del orden público .

En realidad, toda limitación tiene que tener en cuenta el contenido esencial de los derechos fundamentales, es decir aquella parte de ese derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicos que protege, resulten real y concretamente protegidos. Se desconoce el contenido esencial de un derecho cuando este queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable o lo dificultan más allá de lo razonable.

Para determinar si el derecho a conocer a los padres prima sobre el derecho a la privacidad del padre , se debe aplicar el denominado test o examen de proporcionalidad. De acuerdo con Borowski, citado por Alex Plácido “ en este examen ni se introduce una excepción a los principios, ni se declara como inválido a alguno de ellos .” ¹⁵ Mediante la ponderación se establece cual de los principios, de conformidad con las circunstancias concretas de colisión, posee mayor peso. el principio con mayor peso tiene precedencia. El otro principio queda relegado a un segundo plano

En el examen o test de proporcionalidad se considera :

6.1. LA PERSECUCIÓN DE UN FIN LEGÍTIMO

¹⁵ PLACIDO VILCACHAHUA, Alex. Op. Cit

Entonces cabe preguntarse ¿Es legítimo que un ser humano conozca a sus padres? y la respuesta fluye por si sola debido a la importancia que tiene para un ser humano en conocimiento de su origen y vínculo biológicos.

¿Es legítimo que por el derecho a la intimidad que tiene el padre se impida la investigación de la identidad biológica de una persona? También la respuesta fluye por si sola, y en este caso resulta negativa pues es evidente que no puede sobreponerse la privacidad o intimidad del padre al derecho del ser humano de conocer a sus padres.

6.2. LA LIMITACIÓN NECESARIA DEL DERECHO

Es otra de las cuestiones a considerar en este test de proporcionalidad y a este respecto cabe preguntarse ¿En qué medida resulta necesario que por el derecho a la privacidad se limite el derecho del ser humano a conocer a sus padres. evidentemente , la limitación no resulta necesaria por la importancia y jerarquía del derecho a conocer a los padres ? En cambio si nos preguntamos ¿ En qué medida resulta necesario limitar el derecho del padre a la intimidad cuando por medio hay el pedido de un ser humano de conocer sus orígenes biológicos ?, la respuesta sería positiva.

La jerarquía de valores en colisión lleva necesariamente a la conclusión que cuando se trata de procesos referentes a niños se debe evitar los daños a los menores por tratarse de personas en plena formación, porque tienen derecho a una protección especial y por la aplicación del principio del Interés Superior del Niño que determina que en situaciones como esta se esté a lo mas favorable para él .

También tiene que tenerse en cuenta el principio por el cual los niños merecen especial tutela por su vulnerabilidad, este principio se halla consagrado en varios instrumentos internacionales como la Convención Sobre los Derechos del Niño, artículos, 8 y 16, la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos, artículos 11 y 19, La Declaración de Ginebra Sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículos. 23 y 24, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, sociales y culturales , artículos. 10.

6.3. LA PONDERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS QUE COLISIONAN

Es otra de las consideraciones a tener en cuenta , es decir que en este caso se debe hacer una ponderación entre los derechos del niño a conocer a su padres y el derecho a la intimidad del presunto progenitor. En este sentido resulta preferente el derecho a conocer a sus padres por la finalidad protectora y primaria .

El derecho del ser humano de conocer a sus padres, es un principio rector de todo el sistema jurídico de filiación, dotado de plena eficacia. No sucede lo mismo con el derecho del padre a la intimidad, pues si bien el acto de procreación es un acto autorreferente, en cuanto es concebido el hijo deja de serlo y por tanto, ninguna intimidad de los padres puede alegarse para frustrar el derecho del niño de conocer a sus padres.

La jerarquía de los valores en ponderación nos lleva al convencimiento que la paternidad, el reconocimiento, la relación parental, no son para nada cuestiones que se alojen en el ámbito de la vida privada o de la intimidad de las personas. Al respecto Bidart Campos señala que “ninguna conducta paterna o filial que , relacionando a padres con hijos tenga que ver con el emplazamiento del estado civil de familia, puede insertarse en la privacidad de la personas porque no son conductas autoreferentes”¹⁶ y agrega que “ la relación entre el niño y sus padres presupone con claridad, que para atender prioritariamente el interés superior del Niño, este debe tener emplazados su filiación y su estado civil de familia, para lo cual, si no concurre el reconocimiento voluntario de la filiación extramatrimonial extramatrimonial, se le debe facilitar el acceso al proceso judicial y a los medios probatorios pertinentes “¹⁷.

¹⁶ BIDART CAMPOS, Germán. LA Negativa a Someterse a Pruebas Biológicas en el Juicio de Filiación. En Diálogo con la Jurisprudencia Año III N° 5. Gacveta Jurídica . Lima 1997

¹⁷ BIDART CAMPOS, Germán . Op Cit.

A manera de resumen señalaremos que en este capítulo hemos encontrado las siguientes ideas importantes:

El derecho a la filiación o derecho a conocer a los padres es un derecho humano, y como tal es una prerrogativa inalienable, perpetua, que corresponde a toda persona por su condición de ser humano, por que es el derecho a saber quienes lo han engendrado.

El Derecho a la Filiación ha sido reconocido progresivamente como derecho fundamental. Entre los siglos XVII y XIX tuvo un reconocimiento restringido pero desde el siglo XX hay una búsqueda incesante de mecanismos que tienden a garantizar la filiación de una manera eficaz.

Pese al progresivo reconocimiento de los derechos humanos, respecto a la filiación, existen dos corrientes: la Corriente Restrictiva que solo permite la investigación en los casos previstos por la ley y la corriente de Libre Investigación de la Filiación que permite investigarla con amplia libertad probatoria incluso desde la gestación. Nuestro Código Civil, Adhiere a la primera.

Los fundamentos de Corriente Restrictiva, radican en el respeto que merece el Derecho a la Intimidad del padre y de su familia. El Derecho a la Intimidad implica pues, un respeto a la vida privada y familiar del padre que no puede ser alterada por un hecho como es el nacimiento de un hijo fuera de matrimonio.

Tratándose del derecho de Filiación, se ha establecido también, que este es un derecho fundamental unido a la dignidad del ser humano porque está relacionado con el derecho a conocer quienes son sus padres biológicos y de estar unidos a ellos mediante el vínculo del parentesco.

A fin de establecer cual des los derechos: el derecho a la intimidad o el derecho a conocer a sus padres, tiene preeminencia, se aplica el test de proporcionalidad que la determina examinando los siguientes parámetros: a) la persecución de un fin legítimo, b) la limitación necesaria de los derechos y c) la ponderación de los principios que colisionan.

CAPITULO III

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ACTUAL EN LOS PROCESOS DE RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL RESPECTO DEL PADRE

1. LAS PRESUNCIONES EN EL CODIGO CIVIL

1.1. GENERALIDADES.

La acción de reclamación de paternidad extramatrimonial, tiene por finalidad, que se declare que determinada persona es padre del hijo nacido fuera de matrimonio. Se trata pues de una acción declarativa del derecho.

Como ya vimos, no siempre se ha permitido la investigación de la paternidad extramatrimonial, así podemos precisar que en el derecho Romano, la paternidad sólo podía derivar del matrimonio, excepto en los casos de raptó o violación. En la edad Media en aplicación de la máxima "*creditur virgini pregnantí*" (sea creída la virgen preñada que manifieste el nombre del varón que la dejó en tal estado); prácticamente no hubo restricción para la investigación de la paternidad. Los excesos de uso de esta máxima, hicieron surgir la prohibición de la libre investigación de la paternidad a partir de la Revolución Francesa y luego en el Código de Napoleón

En nuestra legislación como ya hemos señalado, el Código Civil de 1852, prohibió la investigación de la paternidad, pero el Código de 1936 admitió algunas excepciones que se tradujeron en las denominadas causales o presunciones. El Código de 1984 no cambió el criterio anterior y en el año de 1998 se le añadió la causal de paternidad por la evidencia biológica del ADN. Mediante Ley 27048, se comprendió también otras pruebas genéticas con mayor o igual grado de certeza. Sin embargo, el Código conserva las otras causales que pueden ser invocadas para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

1.2. LAS PRESUNCIONES O CAUSALES.

Son supuestos de hecho que predeterminan un Estado de Familia, funcionan como hipótesis o indicios que nos llevan a suponer que una persona es padre de la otra. En nuestro ordenamiento, como ya hemos señalado, están contenidas en el artículo. 402 del Código Civil. No obstante, esta norma no contiene todas las posibilidades por las que socialmente se pueda atribuir una paternidad. Por ejemplo, el estado de enamorados, el abandono de la mujer embarazada; las relaciones fugaces de las que resulta un embarazo, el caso de un presunto hijo póstumo respecto del cual hubo posición de estado, el caso de un hijo por nacer y el padre que le daba trato de tal muere, no admiten emplazamiento judicial de paternidad.

Como dijimos las presunciones nos llevan a suponer que una persona es padre de otra, incluso el habla popular también consigna expresión al respecto por medio de refranes: “de tal palo tal astilla”; “de tal padre tal hijo”; “del perro se ve, del hombre se presume”; “de padres jilgueros, hijos cantores”; “los hijos de mis hijas, mis nietos son, los de mis hijos sábelo Dios”.

Las presunciones surgieron como consecuencia de imposibilidad biológica de probar el nexo filial, hoy se ha superado esa dificultad con las pruebas biológicas, en especial la del ADN; sin embargo, su alto costo determina que las presunciones sigan vigentes. Pero las presunciones por sí solas, no determinan la paternidad y por tanto deben probarse.

Podemos finalmente, afirmar que las presunciones son:

- a.- Un requisito para indagar la paternidad.
- b.- Admiten a debate la paternidad.
- c.- Deben ser probadas.
- d.- Son hechos sociales.
- e.- Pierden su eficacia frente a hechos biológicos.

2. ASPECTOS PROCESALES.

2.1. LA INVOCACIÓN DE LA CAUSAL EN EL PETITORIO.

Nuestro sistema jurídico señala que la investigación de la paternidad se realiza por la posibilidad de reclamar la filiación por determinadas causas. La Ley pues, precisa los supuestos por los cuales se puede investigar la paternidad extramatrimonial.

Resulta pues indispensable precisar en forma correcta la causal por la que se reclama la filiación pues , de lo contrario el demandado tendrá evidentes dificultades para defenderse y el proceso se convertirá en un debate impreciso, el legislador al fijar las causales con detalle, ha querido que los Juzgados recurran a la interpretación restrictiva de la norma y no a la interpretación extensiva, pues de lo contrario carecería de sentido fijar las causales precisas

a.- Tipificación de la Causal.- La Causal para que se configure, requiere conforme al principio de especificidad, que los hechos sean expuestos con suficiente precisión, pues como lo señala Alex Plácido, “un mismo hecho no puede configurar más de una causal”¹⁸ . Algo semejante sucede en las acciones de separación de hecho y de divorcio por causales, por la aplicación de este mismo principio.

En cumplimiento del principio a especificidad, debe invocarse expresamente una de las causales del artículo 402° del Código Civil modificado por la Ley 27048 la no invocación determinaría que la demanda se declare inadmisibles en aplicación del inciso 3 del Art. 426° del Código Procesal Civil. Para el caso de que la parte demandante pretendiera que un mismo hecho configure dos o más causales, la demanda se declarará improcedente por falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio como lo precisa el inciso 5 del artículo. 427° del Código Procesal Civil.

En nuestro código la expresión que contiene el artículo 402° del Código Civil, en el sentido de que “la paternidad puede ser judicialmente declarada”, se ha interpretado que los supuestos que señala el artículo 402° no constituyen presunciones legales de paternidad, sino solamente situaciones que pueden abrir a debate el proceso y que deben ser probadas en el proceso y en caso de serlo, no le queda al Juez otro camino que declarar la paternidad. Sin embargo, la última parte del artículo 402° modificada por la Ley 27048, permite concluir que se trata de presunciones cuando señala “el Juez desestimarás las

¹⁸ PLACIDO VILCACHAHUA, Alex. Op. Cit.

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

Sin embargo, esta declaración no supone que el demandado sea necesariamente el padre, es una presunción Juris Tantum y no Jure et de Jure. Esto sucede incluso en los casos en los que el demandado haya admitido por escrito o dado el trato de hijo a una persona (pudo haber estado equivocado) y también en los casos en que se admita el concubinato, raptó o seducción.

Esta situación de incertidumbre ha variado con la posibilidad de usar las pruebas biológicas especialmente la del ADN.

Concluyendo diremos que:

- a.1. Si se prueba la causal alegada, que está prevista en el artículo. 402° inciso del 1 al 5, se presume que el demandado es padre.
- a.2. La presunción tiene carácter de Juris Tantum, pues en su caso, se podrá demostrar lo contrario.
- a.3. La prueba biológica puede destruir la presunción aún cuando el padre haya admitido ser el autor documento indubitado, de haber dado el trato de hijo, de haber vivido en concubinato, seducción y raptado a la demandante.

2.2. POSIBILIDAD DE EJERCER LA PRETENSIÓN VARIAS VECES.

La pretensión de declaración de paternidad, puede ser ejercida tantas veces como causales haya, siempre y cuando los hechos que constituyan la base para invocarla, la configuren, incluso se podrá invocar la misma causal si los hechos constitutivos son diferentes.

2.3. CAUSALES PREVISTAS POR LA LEY PARA LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

A este respecto señalamos que los hechos son los que están previstos en las causales a las cuales haremos referencia pero solo de las causales que han sido materia de los expedientes que hemos tomado como muestra

- a.- **Escrito Indubitado.-** Cuando existe escrito indubitado del padre que lo admita. Cuando el Código se refiere a esta causal debe entenderse que se trata

de un documento de carácter declarativo, aunque no faccionado con el deliberado fin de reconocer al hijo, puede contener manifestaciones o referirse a actos propios de un padre hacia su hijo, como por ejemplo una autorización de viaje.

Para calificar al documento, no hay pues un sentido restrictivo y riguroso, sin embargo es necesario precisar que lo indubitable, se refiere no sólo a que el documento proviene del demandado, sino también que inequívocamente se refiera a una admisión de paternidad. La expresión de escrito indubitado se refiere a que puede ser un documento expedido de puño y letra o que simplemente esté firmado.

Al respecto, la Sala de Familia de la Corte Suprema, con fecha 03 de enero de 1999, en el expediente 2739-98 estableció “constituyen escritos indubitados del padre que admite la paternidad, los documentos consistentes en postales y cartas enviadas por el demandado a la demandante, en los que reconoce el embarazo de ésta, con mucho cariño expresando su amor por la actora y los años que pasaron juntos (14). En la sentencia en casación N° 488-95 Huaura del 31 de octubre de 1997, también se estableció “se configura la causal del inciso. 1 del artículo 402^a del Código Civil con la carta de fojas 4 reconocida por el demandado, de la que fluye inequívocamente la admisión de la paternidad del menor ¹⁹.

b.- Estado Constante de hijo.- Cuando el hijo se halla o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante de estado de hijo extramatrimonial comprobado por acto directo del padre o de su familia. (art. 402. Inc. 2)

La posesión de estado de familia está constituida por el trato recíproco que se dan en los hechos quienes se consideran relacionados entre sí por los vínculos jurídicos familiares. Mediante la sentencia se busca constituir ese estado de familia, convertir la posesión de estado de familia en estado de familia. Demolombe citado por Cornejo Chávez, precisa que la posición de estado de hijo “es la más antigua, la primera prueba de estado de los hombres

¹⁹ UMPIRE NOGALES , Eulogio. Jurisprudencia y Plenops Jurisdiccionales de Derecho de Familia. Idemsa. Lima ,2000.

que es más segura y sincera que el título, obra en un momento y por tanto, equivale a un reconocimiento tácito, de todos los días, de todos los instantes y ofrece todas las garantías posibles de libertad y sinceridad”²⁰.

En esta causal debe probarse que la posesión constante de estado se mantuvo hasta un año antes de la fecha de interposición de la demanda y también que existía actos directos del padre o de su familia respecto de ese estado.

Los elementos que integran la posesión de estado son tres: El *nomen*, el *tractus* y la *fama o reputatio*.

El *nomen* se refiere al uso del apellido del presunto padre; el *tractus* o *tractatus*, se refiere al trato o comportamiento del padre para con el hijo a quien prodiga el trato de tal y muestra su exteriorización en la alimentación, su formación y su instrucción conformándose así, la *fama*.

No obstante de la precisión de tales elementos, en la práctica se dan ciertas dificultades, pues si bien respecto de los hijos matrimoniales éstos elementos se dan sin dificultad, no sucede lo mismo en el caso de hijos extramatrimoniales en los que aún cuando se den estos tres elementos, ello no se da en forma descubierta, como cuando sucede en los casos en que alguno de los padres es casado con unión vigente y entonces puede suceder que el hijo no lleve el apellido del padre; que el trato de hijo que éste le da sea disimulado y que por todo ello la fama o reputación se restrinja. Estaríamos hablando de una posesión de estado restringida o recortada.

Como consecuencia de lo expuesto, surge la interrogante de que sí es necesario acreditar plenamente la existencia de éstos elementos en los casos de filiación extramatrimonial. Alejo González citado por Cornejo Chávez, sostiene que “la posesión de estado se prueba por una larga serie de hechos exteriores, que deben ser públicos, notorios y unánimes y que pongan en evidencia que las relaciones que han existido entre el padre y el pretendido hijo hayan sido tales que nadie haya podido concebir racionalmente la idea de que ese hijo no

²⁰ CORNEJO CHAVEZ Héctor. Op. Cit.

pertenezca al padre cuyo nombre lleva; hechos que constituyan prueba flagrante de la filiación públicamente conocida y confesada ”²¹.

Otra interrogante se refiere a si tales elementos deben estar presentes en forma conjunta. Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que aún cuando faltara uno, la posición de estado existirá siempre que de los demás elementos resulte la voluntad del padre de reconocer al hijo como tal.

Respecto de la interrupción del estado de hijo, doctrinariamente se ha establecido que la interrupción no protestada, es manifestación de aceptación de no ser hijo, tal acción de protesta debe ser ejercida dentro del año de producida la interrupción.

c.- Concubinato.-Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción.

Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí hacen vida de tales.

Respecto de esta causal el legislador, ha previsto el concubinato como la convivencia pública, singular y permanente entre un hombre y una mujer que se dan el trato de cónyuges. Se trata pues del concubinato formal en el que no interesa además si alguno de los padres tiene impedimento matrimonial.

En estas uniones, se exige que los conformantes sin estar casados cumplan deberes semejantes al matrimonio, es decir que la unión tenga la apariencia de unión matrimonial.

La convivencia o concubinato con las características señaladas debe haberse producido en el tiempo de la concepción del menor, esto es entre los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento del hijo.

Una situación no prevista en esta causal es la referente al concubinato informal, en el que las relaciones íntimas se dan en forma esporádica o por un breve tiempo, su no consignación en esta causal, origina sólo derecho alimentario para el presunto hijo.

²¹ CORNEJO CHAVEZ Héctor. Op. Cit.

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

La seducción resulta ser la acción engañosa, el ardid o la astucia que emplea el varón para lograr el acceso carnal con una mujer bajo promesa de matrimonio y que en este caso debe producirse en la época de la concepción del hijo

Una primera puntualización es la referente a que está causal no se identifica con la seducción prevista en el Código Penal en el artículo 175 que exige que la parte agraviada sea una persona que tenga entre 14 y 18 años, en materia familiar, la protección es mas amplia pues comprende aun a personas mayores de 18 años dado que es posible que se produzca la seducción. aun existiendo mayoría de edad en la futura madre.

También resulta pertinente señalar que no es necesario que previamente se haya declarado la existencia de seducción en la vía penal ni aun cuando la victima haya sido menor de edad en la época en que ocurrió la seducción, resultando por tanto una acto independiente.

Conforme lo precisa la causal en comentario para configurarse es necesario además del engaño, la existencia de un principio de prueba escrita que acredite la promesa en forma indubitable. .Aunque respecto de ello, hay el criterio que la condena por delito de seducción sin existencia de documento resulta insuficiente para declarar fundada una demanda de declaración judicial de paternidad, consideramos que ello ya no tiene vigencia cuando se considera como un derecho humano de la persona, el derecho a la filiación y en este caso, a la filiación paterna, en todo caso resultaría racional una fundamentación a favor de la parte demandante mas aun cuando en el proceso penal el propio procesado ha podido admitir la existencia de la seducción, en este caso tal manifestación reemplazaría a la prueba escrita que la ley exige. De ser así la exigencia de documento resultaría irracional y violatoria de los derechos humanos.

Resulta conveniente también precisar que esta causal solo se refiere al engaño que pueda producirse como una seducción, no hace mención a otros

tipos de engaño que igualmente pudieran ser invocados porque de hecho se producen en las relaciones humanas.

e.- ADN.- Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza: Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificado por segunda vez, el juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad, o al hijo como alimentista.

Esta causal ha sido introducida por la Ley 27048 del 6 de enero de 1999 y tiene como base al Ácido Dexoxiribonucleico que es el componente mediante el cual se transmiten los caracteres hereditarios de los padres a los descendientes. El ADN contiene la información genética codificada que es transmitida a los hijos en los cromosomas del óvulo y de los espermatozoides. Cada padre transmite a los hijos la mitad de su ADN.

La prueba del ADN según Peralta Andía ²² tiene los siguientes caracteres:

- Es una prueba biológica que se basa en la leyes de Mendel y en los resultados de la ciencia genética.
- Es una prueba que se basa en la técnica bioquímica porque analiza el material genético partiendo de un elementos como la sangre, la saliva, el sudor, las mucosas, los pelos, los vellos, el líquido seminal, el líquido vaginal, los tejidos celulares cutáneos u óseos, los restos descompuestos momificados y aun calcinados etc.
- Se trata de una prueba positiva de paternidad porque mediante ella se establece quien es realmente el padre.

De la forma como esta Ley introduce la causal, se desprende que no es necesario que se presente, lo que denomina Alex Plácido ²³ un “principio de prueba de hecho ” en que pueda fundarse el petitorio y por ello no es necesario acompañar certificación médica de la Prueba del ADN u otras de validez científica, bastará la sola invocación de la causal y el ofrecimiento de la prueba

²² PERALTA ANDIA ,Rolando : Op. Cit

²³ PLACIDO VILCACHAHUA , Alex. Op.Cit.

pericial para la admisibilidad de la demanda. La prueba se actuará en la audiencia correspondiente.

La prueba del ADN es también un medio probatorio en los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial a los que hace referencia el artículo 413 del Código Civil. Por esta razón nada impide que el demandado pueda ofrecer esta prueba para desestimar las presunciones contenidas en los incisos 1 al 5 del Código Civil .

Respecto de la negativa del demandando a la que hace alusión esta Ley, conforme lo deja inferir de sus texto, después de que la negativa persista pese al apercibimiento, el juez deberá hacer uso del artículo 282 del Código Procesal Civil que señala que el juez merituará la conducta de las partes, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. De producirse y conforme a esa conducta procesal, el juez podrá declarar la paternidad del hijo o descartarla, para ello será necesario que la parte demandante aporte otras pruebas que generen convicción en el juez de que la negativa a someterse a la prueba del ADN es el resultado de una conducta procesal tendiente a impedir el esclarecimiento de los hechos.

Conforme esta ley, existía pues la posibilidad de que el juez declare infundada la demanda pese a que el demandado no se haya sometido a la prueba del ADN, no solo porque no señala en forma expresa de que el juez en tal supuesto deberá necesariamente declarar la filiación sino porque la misma Ley señalaba que el juez alternativamente podría declarar al hijo como alimentista correspondiéndole solo los derechos a los que hace alusión el artículo 415 del Código Civil

Al momento de la elaboración de este trabajo esta causal ha sufrido una modificación por la Ley 28457, respecto de la cual haremos un análisis mas adelante.

2.4. EL JUEZ COMPETENTE.-

En los procesos de filiación, la competencia se da por razón de materia a los Jueces de Familia, conforme lo dispone el artículo 53.b de la Ley Orgánica del Poder Judicial

modificado por la Ley 27155, concordado con el artículo. 475 inciso. 1 del Código Procesal Civil.

Al momento de la elaboración de este trabajo también ha sido modificada por la Ley 28457 que ha atribuido la competencia en el proceso de filiación respecto de la causal del ADN prevista en el artículo. 402.6 del Código Civil al Juez de Paz Letrado.

La competencia territorial se rige por lo dispuesto en el artículo. 408° del Código Civil que dispone que la acción pueda ejercitarse ante el domicilio del demandado o del demandante a elección, ésta es una disposición específica para los casos de filiación matrimonial o extramatrimonial, que amplía así la regla de la competencia que señala como Juez competente al del domicilio del demandado.

En el supuesto de que fueran dos ó más los demandados que viven en domicilios diferentes, el demandante podrá hacer uso de la facultad de interponer la demanda en cualquiera de los domicilios, sin embargo seguirá rigiendo la disposición del artículo. 408° del Código Civil, que otorga facultad para elegir al demandante.

Así pues, en los procesos de filiación la competencia está atribuida al Juez de Familia para los casos previstos en los inciso. 1 a 5 del artículo. 402° modificado por la Ley 28457, es decir para la prueba del ADN; la competencia para una misma pretensión, atribuida a jueces de distinta jerarquía, con órganos de apelación diferentes para los casos de filiación extramatrimonial, las Salas Superiores con lo previstos por los inciso. 1 a 5 del artículo. 402 del Código Civil con posibilidad de recurso de casación, y para el caso previsto en el inciso 6 , prueba del ADN el juez de Familia sin posibilidad de recurso de casación .

2.5. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Tratándose de procesos referentes a los Estados de Familia y teniendo en cuenta que los mismos afectan el interés social, la legislación concede participación al Ministerio Público por medio del Fiscal de Familia.

Al respecto podemos precisar que nuestra legislación señala:

- a.- **El Fiscal Provincial de Familia** conforme al artículo 96-A de la Ley Orgánica del Ministerio Público es parte en el proceso y por ello, puede ofrecer las pruebas pertinentes o interponer los medios impugnatorios en los procesos

de divorcio y de separación convencional conforme a los artículos 481 y 574 del Código Procesal Civil .

Puede intervenir como tercero con interés en los demás procesos sobre Estado de Familia .

b.- El Fiscal Superior de Familia interviene como dictaminador . Su opinión deberá emitirse antes de que se emita la sentencia que pone fin a la instancia: en los procesos de invalidez de matrimonio, de separación de cuerpos o de divorcio, en cuanto tienda a asegurar los derechos de los hijos menores de edad e incapaces, así como los del cónyuge sin bienes propios y la defensa del vínculo matrimonial; y, en los casos de contestación o impugnación de la filiación matrimonial. Así lo precisa el artículo 89-A de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

c.- Al Fiscal Supremo en lo Civil, como dictaminador, cuyo dictamen deberá emitirse antes de que se expida la sentencia que pone fin a la instancia: en los procesos de invalidez de matrimonio, de separación de cuerpos o de divorcio, en cuanto tienda a asegurar los derechos de los hijos menores de edad e incapaces, así como los del cónyuge sin bienes propios y la defensa del vínculo matrimonial; y, en los casos de contestación o impugnación de la filiación matrimonial. Así lo precisa el artículo 85 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

2.6. LA VÍA PROCEDIMENTAL

Como ya habíamos expuesto los procesos de filiación se tramitan en la vía de conocimiento y solo se impulsan a pedido de parte. La tramitación en la vía de conocimiento se justifica en razón a que la sentencia de filiación modifica el estado de familia el mismo que es de naturaleza indisponible. Al modificarse el Estado de Familia del actor en caso de sentencia fundada genera efectos *erga omnes*, por lo que el proceso debe estar rodeado de las máximas garantías.

Respecto de la exigencia de impulso procesal corresponde también a los interesados en obtener un nuevo estado de filiación, habida cuenta que son los que están involucrados en esa situación. Si a pesar de existir evidencia, el interesado no usa el proceso es por que a pesar de todo esta conforme con la situación vigente.

2.7. EL PETITORIO Y LA CAUSA PETENDI.

El *petitum* en una demanda de filiación es la determinación de la paternidad extramatrimoniales también el emplazamiento de la paternidad extramatrimonial. La causa petendi es la que se invoca en la demanda, que se sustenta en los hechos constitutivos que la configuran.

Como ya lo hemos expuesto la filiación extramatrimonial puede ser reclamada por los supuestos señalados en el artículo 402 del Código Civil, por tanto los hechos que configuran la causal deben ser expuestos con claridad y precisión a fin de que se prueben y posteriormente se pueda expedir una sentencia de merito. Si se comprueba que la parte demandante no cumplió con esta especificación, la demanda debe ser declarada inadmisibles para que se haga la precisión correspondiente tanto en el petitorio como en los hechos, pues el petitorio se encontraría incompleto e impreciso y por tanto es de aplicación lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 426 del Código Procesal Civil. También podría ser declarada inadmisibles si concurre algunas de las otras causales de este artículo. La demanda también podrá ser declarada improcedente si se encuentra inmersa en la causal que señala el artículo 427 del Código Procesal Civil es decir si se verifica: falta de legitimidad o interés para obrar, caducidad del derecho, falta de competencia, falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, indebida acumulación de pretensiones o si el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible.

2.8. LA REBELDÍA EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN.

Conforme al artículo 458 del Código Procesal Civil, la declaración de rebeldía se produce en dos supuestos: a) Cuando transcurre el plazo para contestar la demanda y el demandado no comparece a proceso después de haber sido notificado válidamente, y b) Cuando el demandado no comparece a proceso luego de haber sido notificado con la conclusión del patrocinio de su abogado o de la renuncia de se apoderado dentro del plazo que señala el artículo 79 es decir luego de 5 días. Producidos estos supuestos, se declarará la rebeldía.

Como quiera que la pretensión en los derechos de filiación es de carácter indisponible y por tanto las partes no pueden modificarla a su voluntad, la declaración de rebeldía no causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda en aplicación de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 461 del código Procesal Civil.

Por tanto en el supuesto de declararse la rebeldía, la parte demandante, está siempre en la obligación de probar los hechos que configuran su pretensión.

2.9. LAS FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO Y LOS PROCESOS DE FILIACIÓN.

La forma normal de conclusión del proceso es por medio de la sentencia. Sin embargo el Código Procesal Civil en el Título noveno regula otras formas de conclusión del proceso las mismas que iremos desarrollando en su relación con los procesos de filiación. Ellos son la Conciliación, el Allanamiento y Reconocimiento, la Transacción Judicial, el Desistimiento y el Abandono.

2.9.1. LA CONCILIACIÓN

Para efectos de esta investigación nos ocuparemos de la conciliación judicial y de la extrajudicial.

La conciliación Judicial o conciliación intra proceso; es el acuerdo al que llegan las partes o sus apoderados con facultad expresa y con la intervención del magistrado extinguiendo así las pretensiones, luego que el Juez homologue tal acuerdo.

Conforme al artículo 323 del Código Procesal Civil las partes pueden conciliar un conflicto de intereses en cualquier momento del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia de segunda instancia. Conforme al artículo 324 del Código Procesal Civil la conciliación puede ocurrir ante el Juez del Proceso: a) en la audiencia respectiva, b) en la que convoque de oficio, y c) cuando las partes lo soliciten.

Si bien la conciliación es considerada como uno de los medios más adecuados para obtener la finalidad abstracta del proceso por la conformidad de las partes, solo procede respecto de derechos disponibles no así respecto de los derechos indisponibles así lo precisa el artículo 325 del Código Procesal Civil.

Como se sabe los Estados de Familia son indisponibles por ello la conciliación no podría poner fin al proceso de filiación, sin embargo lo manifestado por el demandado en la conciliación será tomado en cuenta para

efectos de la sentencia, deberá valorarse conjuntamente con los otros medios probatorios y la conducta procesal de las partes.

Respecto de la conciliación extrajudicial ella no es requisito para la iniciación del proceso y por lo dicho tampoco tendría efecto de concluir el proceso y solo sería referencial.

2.9.2. EL ALLANAMIENTO Y RECONOCIMIENTO:

El Allanamiento es el acto procesal mediante el que se manifiesta la conformidad con la petición contenida en la demanda. Por el allanamiento el demandado reconoce el derecho pretendido por el demandante. Conforme al artículo 330 del Código Procesal Civil en el allanamiento el demandado acepta la petición. Este acto debe hacerse legalizando la firma y procede en cualquier estado del proceso antes de la sentencia como lo señala el artículo 331 del Código Procesal Civil.

El Allanamiento pues, es un acto típicamente procesal que tiene lugar necesariamente al interior del proceso. En realidad el allanamiento no constituye una forma especial de conclusión del proceso, pues no se le puede considerar como algo alternativo a una sentencia. La inclusión del allanamiento como una forma especial de conclusión del proceso, se da más bien por cuestiones de técnica legislativa, pues más bien es un acto que trae como consecuencia la expedición sin más trámite, de una sentencia. Conforme a la doctrina el allanamiento debe ser expreso, incondicional y oportuno.

El Reconocimiento implica no solo el reconocimiento de la pretensión como el Allanamiento, sino el reconocimiento de la veracidad de los hechos así lo señala el artículo 330 de Código Procesal Civil y se regula por lo dispuesto para el allanamiento.

El artículo 332 del Código Procesal Civil establece los casos en los que se procede el allanamiento y por tanto el reconocimiento, precisando en el inciso 5 que no procede en los casos de derechos indisponibles. Por ello en los procesos de filiación es improcedente la aceptación del allanamiento o del reconocimiento como un acto con el cual se ponga fin al proceso por la renuncia al contradictorio que ello implica. Tratándose de derechos indisponibles e Juez de la causa, si bien lo declarará improcedente, tendrá presente lo manifestado

para meritarlo conjuntamente con los otros medios de prueba ofrecidos y con la conducta procesal de las partes.

2.9.3. LA TRANSACCIÓN JUDICIAL

El artículo 1302 del Código Civil define la transacción de la siguiente manera: por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso evitando el pleito que podía provocarse o finalizando el que está iniciado.

Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular y modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de la controversia entre las partes. La transacción tiene el valor de cosa juzgada.

El Código Procesal Civil no define la transacción, la considera como una forma especial de conclusión del proceso y la denomina transacción judicial, y sin embargo el articulado trata también de la transacción extrajudicial, que se convirtió a judicial cuando es introducida al proceso.

Conforme al artículo 337 del Código Procesal Civil el Juez debe homologar la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el Orden Público.

Como quiera que solo los derechos patrimoniales y por tanto disponibles, pueden ser objeto de transacción, es improcedente respecto de los Estados de Familia o sobre los derechos extramatrimoniales que de él emanen. Por tanto devendría en nula al resolución que ponga fin al proceso de filiación en base a una transacción. Sin embargo puede ser meritado conjuntamente con los demás medios probatorios para efectos de dictar sentencia de fondo.

2.9.4. DESISTIMIENTO:

Desistimiento significa renuncia y por tanto apartamiento en este caso, del proceso. Es pues una manifestación de voluntad unilateral encaminada a dejar sin efecto la pretensión, un acto procesal o el proceso mismo.

El Código Procesal Civil considera al Desistimiento como una forma especial de conclusión del proceso. El artículo 340 de dicho Código señala que

el desistimiento puede ser del proceso o de algún acto procesal y de la pretensión.

El desistimiento del proceso llamado también renuncia al estado de litispendencia, es aquel acto procesal por el cual el demandante manifiesta expresamente su voluntad de apartarse del proceso, sin afectar la pretensión siempre que reúna los requisitos de Ley y sea declarado eficaz por el juez y además que no haya reconsideración formulada por el demandado.

El artículo 341 del Código Procesal Civil señala la forma que debe tener este acto. Primeramente señala que no se presume, que el escrito debe precisar su contenido y alcance, que quien se desista debe legalizar su firma ante el secretario añade que es incondicional y solo perjudica a quien lo hace.

El desistimiento de un acto procesal supone la manifestación de voluntad dirigida a renunciar o dejar sin efecto un recurso u otro medio impugnatorio, excepción, cuestión probatoria, etc. Este desistimiento no está reservado al actor sino que opera también en cuanto al demandado y a los terceros legitimados.

El desistimiento de la pretensión es denominado también renuncia o desistimiento del derecho, constituye una manifestación expresa de voluntad dirigida no solo a apartarse del proceso sino también de la pretensión. Por constituir una renuncia de la pretensión constituye un acto jurídico procesal de carácter dispositivo dirigido a la limitación o extinción de derechos procesales y sustanciales que no pueden hacerse valer de nuevo .

El artículo 344 del Código Procesal Civil se refiere a esta clase de desistimiento y señala que cuando el juez apruebe el desistimiento produce los efectos de una demanda infundada con autoridad de cosa juzgada. Señala también que no requiere conformidad del demandado, que el Juez debe revisar la capacidad de quien la realiza y la naturaleza del derecho que sustenta la pretensión. Para todo ello debe tenerse en cuenta lo dispuesto para el allanamiento.

Precisamente el artículo 332 del Código Procesal Civil referido al Allanamiento, en su inciso 5 señala que el Allanamiento, y en este caso el Desistimiento, no procede cuando el conflicto de intereses comprende derechos

indisponibles. Es por esta razón que el desistimiento de la pretensión no procede en los procesos de filiación por referirse a Estados de Familia.

2.9.5. EL ABANDONO

Carnelutti define el abandono como “la inercia de las partes continuada en un cierto tiempo”²⁴. El abandono del proceso está previsto en el artículo 346 del Código Procesal Civil que señala cuando el proceso permanezca en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse, el juez declarará su abandono de oficio o a solicitud de parte o de tercero legitimado.

Para el cómputo del plazo de abandono se entiende iniciado el proceso con la presentación de la demanda. El artículo 348 señala que el abandono opera por el solo transcurso del plazo desde la última actuación procesal o desde notificada la última resolución. Sin embargo no opera cuando la paralización del proceso se debe a causas de fuerza mayor y que los litigantes no hubiesen podido superar con los medios procesales a su alcance y así lo precisa el artículo 349 del Código Procesal Civil.

La legitimidad para solicitar el abandono la tienen las partes y el tercero legitimado así lo señala el artículo. 346. También se advierte que para el juzgador la declaración de abandono es un deber y no una facultad. Sin embargo, si antes de declarar el abandono la parte hace algún acto procesal, el abandono se vuelve ineficaz

El artículo 351 del Código Procesal Civil precisa los efectos del abandono del proceso. El abandono pone fin al proceso sin afectar la pretensión. Sin embargo su declaración impide al demandante iniciar otro proceso con la misma pretensión durante un año. Restituye las cosas al estado que tenían antes de la demanda. En caso de que se declarara el abandono por segunda vez, se extingue el derecho pretendido y se ordena la cancelación de los títulos del demandante, si a ello hubiese lugar.

Sin embargo el abandono tiene supuestos de improcedencia y uno de ellos es el caso de los procesos que contienen pretensiones imprescriptibles a si se ve el inciso 3 del artículo 350 del Código Procesal Civil.

²⁴ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo IV, Uteha Buenos Aires 1987.

Como ya lo habíamos señalado el derecho del ser humano de conocer a sus padres, tiene como fundamento la dignidad humana que está cautelada por el artículo 3 de la Constitución. “Si bien es cierto que en todos y cada uno de los derechos fundamentales se manifiesta un núcleo de existencia humana derivado de la idea de dignidad; existen determinados derechos fundamentales en los que la misma se hace más latente entre los que se encuentra sin duda el derecho a la verdad biológica.²⁵ Es por esta razón que las acciones de filiación son imprescriptibles e irrenunciables.

En el caso de niños, el derecho a conocer a sus padres constituye un derecho fundamental de la infancia, que se sustenta en el reconocimiento de que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia. Es pues un derecho humano vinculado directamente con el niño resultando así irrenunciable e imprescriptible por todo lo expuesto el abandono no resulta procedente en las acciones de filiación por ser un derecho humano y por tanto es imprescriptible.

3. LA LEY 28457

Como ya dijimos al momento de la elaboración de este trabajo se promulgó esta ley 28457 respecto de la cual, haremos el siguiente análisis.

3.1. ANTECEDENTES

El CERIAJUS, dentro del Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de la Justicia, propuso la existencia de procesos rápidos y ágiles en materia de familia. Recogiendo la propuesta, los congresistas Alcides Chamorro y Fausto Alvarado Dodero presentaron los Proyectos de Ley 107772-2003 CR y 11536-2004-CR respectivamente

El dictamen de la Comisión de Justicia tiene como sustentos principales :

- a.- El Principio del Interés Superior del Niño
- b.- La existencia de consenso científico respecto del grado de certeza de la prueba del ADN .
- c.- La inconveniencia de la utilización del proceso de conocimiento por ser lato, pues dura entre 3 y 4 años lo que determina el abandono de muchos

²⁵ PLACIDO VILCACHAHUA Alex. Op. Cit.

procesos , y además es mas oneroso por los aranceles mas altos y también los honorarios profesionales

Estos y otros fundamentos se han recogido para diseñar un proceso de filiación, al decir del legislador, rápido , económico en su costo y de gran certidumbre. Sin embargo consideramos que si bien estas razones son aceptables , no resulta justificable que en base a ellas se haya desnaturalizado muchas instituciones y principios del Derecho. En respaldo de lo afirmado podemos hacer las siguientes puntualizaciones :

3.2. APRECIACIONES SOBRE LA LEY 28457

La ley 28457 del 7-1- 2005 constituye un proceso sin precedentes en nuestro país y aunque las razones de su promulgación fueran aceptables, sin embargo hay algunos aspectos preocupantes por la vulneración a algunos derechos fundamentales.

Se ha convertido o se trata como derechos disponibles a los que en realidad son indisponibles como es el caso del status de personas y sobre todo cuando se trata de menores de edad.

La ley 28457 ha implementado un procedimiento en desuso, el proceso monitorio puro.

La falta de contradicción del demandado ha sido tomada como aceptación que da plenitud a lo afirmado en la demanda no obstante que tratándose de derechos indisponibles, ni la rebeldía ni la falta de oposición pueden ser tomados para decidir exclusivamente en base a ellos un litigio, pues no causan siquiera presunción relativa de verdad conforme al inciso 2 artículo 461 del Código Procesal Civil. Se contraviene lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 190 del Código Procesal Civil cuando se da fe plena al silencio o a la aceptación de la parte demandada; pues tratándose de derechos indisponibles el Juez debería ordenar la actuación de medios probatorios de oficio.

El silencio del demandado importa para esta Ley manifestación de voluntad.

El demandado tiene derecho constitucional para no someterse a la prueba del ADN sin que ello constituya un reconocimiento ficto de paternidad. Sin embargo para esta Ley resulta todo lo contrario.

3.3. ANÁLISIS DE ASPECTOS PROCESALES

3.3.1. RESPECTO DE LA COMPETENCIA

No resulta comprensible que se haya dividido la competencia, en unos casos, incisos 1 al 5 del artículo 402 del Código Civil para el Juez Especializado de Familia y en caso del inciso 6 y conforme a la Ley 28457 se haya atribuido al Juez de Paz Letrado.

Esta atribución distinta de competencia no resulta comprensible pues se trata del mismo *petitum*, de una pretensión que no es estimable económicamente, y solo por la razón de la existencia de una prueba de certeza es que se otorga competencia a los jueces de Paz Letrados, sin considerar que se trata también de procesos complejos por los derechos que en ellos se discuten, como son el derecho a conocer a sus verdadero padres, el derecho a la integridad física, el derecho al debido proceso .

La atribución de competencia, resulta mas preocupante si se tiene en cuenta que se ha modificado el inciso b del artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que los jueces de familia son competentes para conocer todo lo concerniente a la sociedad paterno filial con excepción de la filiación extramatrimonial prevista en el inciso 6 de la Ley 28457 y se ha modificado también el artículo. 57 de la misma Ley al establecer que los Jueces de Paz Letrados son competentes para conocer de las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo. 402 inciso 6 del Código Civil.

La competencia atribuida a los jueces de Paz Letrados en los procesos de filiación a los que se refiere el inciso 6 del artículo 402 impide el recurso de casación en estos procesos, mientras que en los procesos de filiación por las otras causales si lo permite. El legislador ha considerado en una actitud que no resulta coherente que en los proceso de filiación por causal del ADN resulta suficiente la intervención del juez de Paz Letrado y a lo máximo del Juez Especializado. Ello determina también una afectación a la función de nomofilaquia Judicial propia de la Corte Suprema de Justicia, pues mientras en las otras causales es posible la unificación de la Jurisprudencia por parte de la Corte Suprema, que cumpliendo con la función didáctica con arreglo a los principios doctrinarios, enseñará a los jueces como debe ser la correcta

interpretación y aplicación de la norma . En el caso de la causal prevista en el inciso. 6 del artículo 492 no será posible el cumplimiento de esa función. El legislador al parecer en esta causal ha descartado problemas de nomofilaquia judicial o de unificación de jurisprudencia lo que resulta preocupante por decir lo menos.

3.3.2. EL TIPO DE PROCESO QUE IMPLEMENTA LA LEY.- .

La implantación del proceso monitorio para la tramitación de los procesos de filiación por la causal del ADN, es otro de los aspectos a analizar

Como es sabido el proceso monitorio tiene su origen en la Edad Media , en Europa y actualmente son comunes en ese continente pero solo como procedimiento especial para el reclamo de pretensiones dinerarias fehacientemente acreditadas, pero en todos los casos se trata de pretensiones disponibles.

Conforme a la doctrina hay procesos simples y monitorios. En los procesos simples el juez resuelve luego de escuchar a las partes, mientras que en los monitorio el Juez resuelve oyendo a la parte demandante, y solo después meritúa lo que dice el demandado, siempre que se oponga.

Los procesos monitorios pueden ser puros o documentales. En los primeros, presentada la demanda con los requisitos de Ley, el juez dicta resolución favorable por la sola afirmación de la parte demandante, no se requiere pues, de prueba documental, basta la sola afirmación del demandante . En el Monitorio documental, la prueba instrumental con determinados requisitos es imprescindible.

El proceso monitorio puro, resulta en muchos casos peligroso porque los argumentos de la demandante expresados en la demanda no requieren ser acreditados de forma alguna, sin embargo son el sustento de la resolución judicial. Por la posibilidad de existencia de mala fe en la parte demandante y por ser violatoria del debido proceso, esta modalidad de proceso monitorio ha caído en desuso .

El proceso monitorio produce pues una verdadera sentencia condicional a simple requerimiento del demandante y si no se impugna mediante la oposición, surte todos los efectos de la cosa juzgada.

El Proceso monitorio tiene 3 etapas: la primera sin contradictorio, empieza con la demanda y concluye con una resolución favorable. la segunda etapa, está conformada por el acto procesal de notificación al demandando acompañada de un plazo para formular oposición, con ello se pretende justificar el principio del contradictorio a fin de dar oportunidad de defensa al demandado y se resuelva en definitiva el proceso. La tercera etapa comprende la posibilidad de intervención del demandado quien puede: a) no oponerse, entonces la resolución dictada en la primera etapa queda firme y equivale a una sentencia consentida y b) oponerse, entonces el proceso continua por vía ordinaria o permanece en suspenso hasta que se resuelva en forma definitiva sobre el mérito de la oposición.

La Ley 28457 ha consagrado para derechos indisponibles un procedimiento monitorio puro. En efecto, el artículo 1 señala que quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad, puede pedir al juez de Paz Letrado que expida una resolución declarando la filiación demandada. Conforme a este artículo, en forma liminar, *in audita part* el juez declara la filiación no obstante de tratarse de un derecho indisponible y de un proceso declarativo.

La segunda parte del artículo 1 de la mencionada Ley señala que si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de 10 días de haber sido válidamente notificado, el mandato se convertirá en una declaración judicial de paternidad. Un mandato constituye una condena a cumplir con una obligación de dar, hacer o no hacer. El mandato en este caso es la declaración de filiación que el juez hace en la resolución que admite la demanda.

El proceso monitorio puro implementado para la causal de filiación por la prueba del ADN revierte por su naturaleza la estructura del proceso de filiación que es declarativo, pues se expide una resolución que declara la filiación a sola petición de la parte demandante, cuando lo que correspondía por la naturaleza declarativa del proceso es que se expida resolución de filiación como consecuencia de un debido proceso con contradicción y no *in audita part*.

Así expuesto el problema, la declaración de filiación extramatrimonial que se funda en el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, no requiere de sentencia pues la resolución que ampara el *petitum*, se expide al inicio. El verdadero proceso empieza si se formula oposición pues se da paso al contradictorio, luego de ello se expedirá la resolución que resuelva la oposición .

Conforme a lo expuesto podemos decir que los procesos de filiación por la causal del ADN empiezan prácticamente por la decisión de quien tiene legitimidad activa en el proceso en mérito a la oposición con la única posibilidad de someterse a la prueba del ADN. Si la parte demandada no hace uso del derecho de contradicción, por no haber sido notificado con arreglo a Ley, por no tener recursos o simplemente por negligencia no existirá proceso como tal y sin embargo ya existe una resolución que declara la filiación extramatrimonial expedida por la sola afirmación de la parte demandante bajo el supuesto de que tal afirmación debe ser creída en aplicación de la expresión latina “*Creditur Virgini Pregnanti*” como lo señala el Dr. Alex Plácido ²⁶

3.3.3. LA NOTIFICACIÓN CON LA DEMANDA .

También encontramos algunos problemas pues la ley señala que el demandado tiene el plazo de 10 días para oponerse desde que es válidamente notificado. Aun cuando el término “válidamente notificado” nos puede trasuntar la existencia de una garantía para el demandado, la ley no precisa que es lo que ocurre si se ignora el domicilio del emplazado, podríamos señalar que se le notificará por edictos y luego sería procedente el nombramiento de un curador procesal, pero ¿Cómo actuaría o formularía oposición este curador procesal si la única posibilidad de contradicción es el sometimiento del demandado a la prueba del ADN ¿ Se concluirá también en este caso haciendo efectivo el mandato de declaración de paternidad ? . En estos casos de domicilio incierto , si solo se otorga 10 días para formular oposición se estaría en contradicción con el artículo. 435 del Código Procesal Civil que señala que los plazos pueden ser

²⁶ PLACIDO VILCACHAHUA Alex. *Creditur Virgini Pregnanti*, Volviendo al Ancient Droit. Ponencia en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Lima 2005

ampliado a 60 días si el demandado se encuentra en el país y a 90 si está fuera de él.

Por último las notificaciones a personas domiciliadas en el extranjero darán lugar a que luego de 10 días de practicadas se convierta el mandato del juez en una declaración de paternidad?

3.3.4. EN CUANTO AL DERECHO A PRUEBA .

Es necesario precisar que el artículo 2 de la Ley 28457, señala que la oposición suspende el mandato, si el emplazado se obliga a someterse a la prueba biológica del ADN. El atentado al derecho a prueba que es conformante del Debido Proceso es evidente , basta suponer por ejemplo que el demandado sostenga que sufre de azoospermia, conforme a este artículo se declarará improcedente y por consecuencia sería padre del menor pese a la imposibilidad que tiene para fecundar .

La misma dificultad se encontraría en las demandas de filiación *post mortem* cuando los restos del demandado hayan sido cremados, la imposibilidad de basar la oposición en la prueba del ADN, daría lugar a una declaración de filiación. Esta limitación nos llevaría a preguntarnos, si no es posible admitir una pericia de parte. El Artículo bajo análisis no prevé pues que alguno de los padres hubiera muerto, caso en el cual resultaría pertinente, pues señala que la prueba ha de llevarse a cabo en el padre, la madre y el hijo.

El procedimiento, tal como se encuentra establecido en esta Ley parece regresarnos a la prueba tasada o legal pues en él la prueba del ADN vale mas que todas las otras pruebas juntas. Ello contradice a la valoración conjunta y razonada de la prueba a la que se refiere el artículo. 197 del Código Procesal Civil. Con esta Ley, se ha eliminado pues , el contradictorio y se ha eliminado también toda posibilidad de apreciación conjunta y razonada de la prueba, dejando la juez como un elemento que sin mayor esfuerzo debe basar su decisión en el resultado de la prueba del ADN. Una sola prueba que se lleve a cabo o no decide el sentido del proceso y en el mejor de los casos si se realiza, podríamos decir que un laboratorio decide el sentido del proceso.

3.3.5. LA LIMITACIÓN DE ACCESO A LA PRUEBA DEL ADN DERIVADA DEL COSTO.

Uno de los fundamentos de la Ley estaba relacionado con el alto costo del proceso. Sin embargo la prueba del ADN no está al alcance de la población que en nuestro caso se encuentra afectada de pobreza en mas de 50% y como se sabe el valor de la prueba está entre los 600 y 800 dólares que conforme al artículo 2 de la Ley 28457 deberá ser asumidos por la parte demandante y pagados al momento de la toma de las muestras. Aunque dicha norma señala que la parte demandante podrá solicitar auxilio judicial, ello no soluciona el problema, pues el auxilio no alcanza a la exoneración de los costos de la pericia. Así, la ley es solo una expectativa para el millón y medio de niños no reconocidos por sus padres a los que hace mención el dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso. Indudablemente, dados los índices de pobreza y la ubicación de la mayoría de niños no reconocidos en ese estrato socioeconómico, la ley no tiene efectos prácticos .

Uniformemente se acepta que cada persona tiene una combinación única e irrepetible de millones de datos, que pueden ser detectados mediante la prueba del ADN. Con un alto grado de certeza. Sin embargo se presentan dudas respecto de la técnica de análisis y del procesamiento de los resultados. Existen varias técnicas de análisis que deben ser aplicados por personal capacitado, y en cuanto a los resultados existe para ello una técnica de cálculo estadístico. Hay por tanto peligro de error en estos procedimientos y cálculos a lo que se une que no hay quien controle la idoneidad de los laboratorios.

3.3.6. EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA

El artículo 5 de la Ley mencionada señala que la declaración judicial de filiación podrá ser apelada dentro de tres días. El juez de familia resolverá en un plazo no mayor de diez días. La ley no señala nada respecto de la resolución que no declara la filiación. esta deficiencia obliga a aplicar las disposiciones del Código Procesal Civil en forma supletoria.

Sin embargo la pregunta que surge es que si en la primera instancia el juez no realizó ninguna meritución conjunta o razonada de la prueba, que puede revisarse en segunda instancia. Si la ley considera que la prueba del ADN es

infalible ¿que podría hacerse en segunda instancia? Además si el proceso termina con la aplicación del apercibimiento que señala el artículo 1 de la Ley, es decir, convierte el mandato en declaración judicial de paternidad debido a la inexistencia de oposición. ¿Qué podría resolverse en segunda instancia?.

El derecho a la doble instancia, también se ha desnaturalizado y ha sido afectado con la aplicación de esta Ley.

3.3.7. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Como ya señalamos la aplicación de este principio es uno de los fundamentos de la Ley. Tal vez el legislador olvidó que también una apersona mayor puede interponer un proceso de filiación y allí no funcionaria este principio.

Sin embargo suponiendo que se trata de niños y adolescentes, el principio se encuentra consagrado en el artículo noveno del Título Preliminar del Código del Niño y Adolescentes que prescribe que “en toda medida concerniente al Niño o al adolescente se considera el principio del interés superior del Niño y el respeto a sus derechos.

El Principio del Interés superior del Niño implica que en determinadas situaciones se decida por lo mas favorable para el menor pero debe ser lo mas favorable dentro de las disposiciones legales, observando el debido proceso, todo ello da validez de las decisiones. Las decisiones arbitrarias y la inobservancia del debido proceso, no puede justificarse con el Principio del Interés Superior del Niño.

Como se ha podido notar, la ley bajo comentario atenta contra el debido proceso, contra la naturaleza de instituciones jurídicas. No puede justificarse ello con la aplicación del Principio del Interés Superior del Niño.

No constituye respeto de este principio el hecho de que quiera declararse la filiación del menor con la sola afirmación de la parte demandante, sin mayor investigación. Podríamos señalar que la ley pretende que de cualquier manera el menor en su caso tenga, pronto y a como de lugar un papá. Situación de veras preocupante.

A manera de resumen podemos señalar que en este capítulo , hemos encontrado las siguientes ideas que consideramos importantes:

Excepto la filiación por la causal del ADN, en todos los otros casos , tanto la filiación matrimonial como la extramatrimonial se determinan por presunciones. Aun en el caso de la filiación matrimonial, esta se determina por la presunción “*pater est*”, ello pone de manifiesto que respecto de la filiación paterna siempre hay incertidumbre, lo que confirma el aforismo latino “*Pater incertus semper est.*”

Cuando se interpone una demanda, si el demandado no contesta se le declara rebelde y ello causa una presunción relativa de verdad de los hechos expuestos en la demanda . En el caso de los proceso de filiación ello no es posible por tratarse de estados de familia .

La forma normal de conclusión de un proceso judicial es por medio de la sentencia, mas aun en el caso de los procesos de filiación en donde la sentencia declara un derecho. Sin embargo por medio de esta investigación hemos encontrado que los procesos de filiación también terminan de otras formas como son la Conciliación, la Transacción, el Allanamiento, el Reconocimiento, el Desistimiento y el abandono . Estas formas de conclusión , resultan irregulares para un proceso que trata de derechos indisponibles. Por ello resultan improcedentes para concluir el proceso, sin embargo el juez puede tomarlas en cuenta y valorarlas conjuntamente con las otras pruebas.

La Ley 28457, Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial , resulta violatoria del Debido Proceso en razón a que otorga competencia a los jueces de paz letrados, implanta un proceso monitorio, posibilitando la expedición del mandato de declaración de filiación con la sola afirmación de la parte demandante, reduce la oposición solo a la posibilidad de que el demandado se someta a la prueba del ADN. esta ley resulta violatoria de las reglas de la competencia al establecer competencias distintas y de diferente grado para el mismo derecho

reclamado; resulta atentatoria al debido proceso por cuanto da fe plena a la afirmación de la demandante y en base a ello expide una resolución que declara la filiación; afecta al derecho de la doble instancia al determinar que para las causales previstas en los incisos 1 a 5 sean apeladas por ante las Salas Superiores y tengan la posibilidad de recurrir en casación . en cambio en los procesos por la causal del ADN la segunda instancia la constituyen los Juzgados Especializados de Familia, sin posibilidad de casación. esta ley también afecta al derecho aprobar, pues solo permite el ofrecimiento de una prueba, la del ADN; afecta al derecho a la merituación de la prueba pues el fallo solo se sustenta en el resultado de una pericia.



CAPÍTULO IV

INVESTIGACIÓN EN EXPEDIENTES JUDICIALES

1.- ESTADÍSTICAS REFERENTES A PROCESOS DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

CUADRO N° 1

DEMANDAS DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL PRESENTADAS ANTE EL SEGUNDO Y TERCER JUZGADO DE FAMILIA. DE ENERO 2000 A DICIEMBRE 2004

| CAUSALES | N° | % |
|---|-----------|------------|
| 1. Escrito indubitado | 20 | 28 |
| 2. Posesión constante de estado de hijo | 10 | 14 |
| 3. Concubinato | 28 | 39 |
| 4. Seducción | 6 | 8 |
| 5. ADN | 8 | 11 |
| TOTAL DE DEMANDAS | 72 | 100 |

Fuente: Archivo general del la Corte Superior de Justicia de Arequipa

El cuadro que antecede nos muestra la frecuencia con la que se usan las causales previstas en el artículo 402 del Código Civil en los procesos de Filiación extramatrimonial. La causal que más se invoca es la de concubinato con un 39 % de la muestra seguida por la de escrito indubitado con un 28 %. La causal de la prueba del ADN es la penúltima con solo 11% y la causal de seducción es la última con el 8%.

De lo expuesto se desprende que la causal de filiación por el ADN, pese al alto grado de certeza en sus resultados no se utiliza en la frecuencia que el legislador esperaba. Tal vez el alto costo de la pericia determina su poco uso.

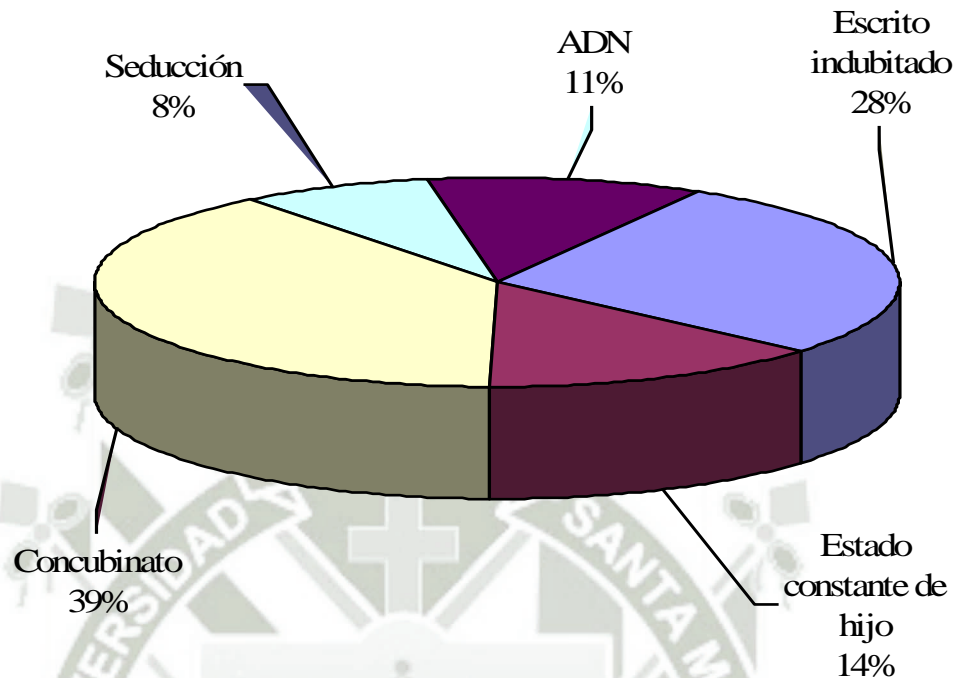
La mayor frecuencia de la causal de concubinato pone de manifiesto el alto número de uniones de hecho en las cuales se procrean hijos respecto de los cuales se presenta luego la ausencia de reconocimiento por parte del padre

La alta frecuencia de la causal de escrito indubitado y de posesión constante de estado de hijo, constituyen también manifestaciones de procreación de hijos dentro de uniones de hecho

Finalmente señalaremos que para los procesos de filiación extramatrimonial se recurre en un 89 % a causales que no tienen la certeza de la pericia genética del ADN. Ello sin duda por el alto costo de la prueba del ADN.



GRAFICO 1 Demandas de Filiación Extramatrimonial



Fuente: Archivo general del la Corte Superior de Justicia de Arequipa

Esta grafica nos muestra en forma objetiva los resultados consignados en el cuadro anterior

2.- ESTADÍSTICA Y ANÁLISIS DE LA MUESTRA DE INVESTIGACIÓN POR LAS CAUSALES DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL, PREVISTAS EN EL CODIGO CIVIL.

CUADRO N° 2.

DEMANDAS DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL, POR LA CAUSAL DE ESCRITO INDUBITADO, EN UN TOTAL DE 20 EXPEDIENTES

| SEGUIMIENTO DEL PROCESO | | N° | % |
|-------------------------|---|----|----|
| 1 | ▪ Se invocó la causal en el petitorio | 6 | 30 |
| | ▪ No se invocó la causal en el petitorio | 14 | 70 |
| 2 | ▪ Las pruebas ofrecidas son pertinentes | 10 | 50 |
| | ▪ Las pruebas ofrecidas no son pertinentes | 10 | 50 |
| 3 | ▪ El Proceso concluyó sentencia en 1ra. instancia | 4 | 20 |
| | ▪ El proceso concluyó con sentencia en 2da. instancia. | 12 | 60 |
| | ▪ El proceso concluyó de otra forma | 4 | 20 |
| 4 | ▪ La sentencia de 1ra. instancia declaró la filiación por la causal invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 7 | 35 |
| | ▪ La sentencia de 1ra. instancia declaró la filiación por la causal no invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 9 | 45 |
| 5 | ▪ La sentencia de 2da. instancia declara la filiación por causal invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 4 | 20 |
| | ▪ La sentencia de 2da. instancia declara la filiación por causal no invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 8 | 40 |
| | ▪ No hubo apelación | 4 | 20 |

Fuente: Archivo general del la Corte Superior de Justicia de Arequipa

En este cuadro, encontramos los resultados relacionados con la causal de escrito indubitado en 20 expedientes. De su análisis encontramos que:

a. Respecto de la invocación de la causal en el petitorio, que solo en un 30 % de la muestra se cumplió con invocar la causal en el petitorio de la demanda mientras que en el 70 % no se cumplió. Estos resultados son preocupantes pues como ya lo señalamos la causal por la que se reclama la filiación debe ser precisada en forma clara y concreta a fin de facilitar el derecho de defensa y posibilitar una sentencia de fondo. Ambos supuestos resultan vulnerados con este incumplimiento que proviene primeramente de quien plantea la demanda y luego del Juez quien estaba en la obligación de declarar inadmisibile la demanda hasta que se precise la causal que se invoca .

Si se han fijado causales para la declaración de la filiación extramatrimonial es porque el legislador ha querido que se haga una interpretación restrictiva de la norma y no extensiva, pues de lo contrario carecería de sentido fijar causales.

b. Respecto de las pruebas que se ofrecen para acreditar lo demandado, encontramos que el 50 % de pruebas resulta pertinente y el otro 50% no resulta pertinente a lo reclamado.

Los resultados también son preocupantes teniendo en cuenta la trascendencia del derecho reclamado. El alto índice de pruebas impertinentes a la causal no permiten probar el derecho reclamado en forma fehaciente como correspondería en estos casos.

c. Respecto de la conclusión del proceso .- Encontramos los siguientes resultados:

El 20% de los procesos concluyeron con sentencia de primera instancia, tanto que el 60 % concluyeron con sentencia de segunda instancia, y el 20 % concluyeron de otra forma es decir por conciliación, por allanamiento, por transacción, por desistimiento y por abandono.

El proceso normalmente debe concluir con sentencia , mas aun cuando se trata de una sentencia declarativa con efectos *erga omnes* , y si bien encontramos que un 80 % culmina con sentencia de primera o segunda instancia , el 20 % restante ha concluido en forma irregular pues como hemos señalados , las formas especiales de conclusión del proceso no pueden ser aplicables a casos de derechos indisponibles

como son los procesos de filiación extramatrimonial, los mismos que como ya dijimos deben concluir con sentencia por estar referidos a Estados de Familia.

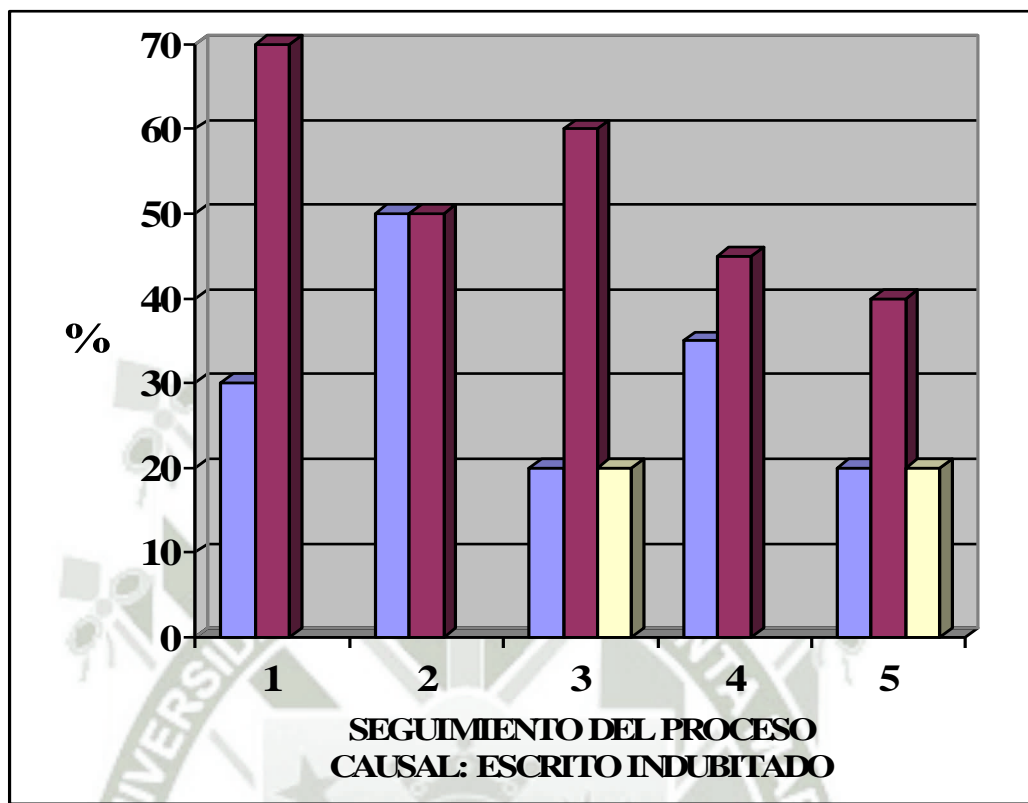
En la muestra analizada no hemos encontrado procesos recurridos en casación.

d.-En el punto 4 del cuadro analizamos si es que hay una correspondencia entre la causal que se invoca y la causal o la forma como se declara o no la filiación en primera instancia encontrando que :

De los 16 expedientes en los que se expidió sentencia solo en 7 se mencionó en forma expresa la causal por la cual se declaró o no la filiación del demandante. En 9 expedientes, mas de la mitad de la muestra se declara o no la filiación sin señalar la causal. Situación que también es irregular y que no está de acuerdo con el derecho en discusión

Finalmente en la segunda Instancia encontramos también que en mas de la mitad de expedientes subidos en apelación ,ocho expedientes , no se ha precisado la causal por la que se declara o no el derecho evidenciando que esta situación irregular llega aun a la segunda instancia.

GRAFICO 2.



Fuente: Archivo general del la Corte Superior de Justicia de Arequipa

Esta gráfica objetiviza los resultados del cuadro que ya hemos comentado .

CUADRO N° 3
DEMANDAS DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL POR LA CAUSAL DE POSESIÓN
CONSTANTE DE ESTADO DE HIJO, EN UN TOTAL DE 10
EXPEDIENTES

| SEGUIMIENTO DEL PROCESO | | N° | % |
|-------------------------|---|----|----|
| 1 | ▪ Se invocó la causal en el petitorio | 2 | 20 |
| | ▪ No se invocó la causal en el petitorio | 8 | 80 |
| 2 | ▪ Las pruebas ofrecidas son pertinentes | 3 | 30 |
| | ▪ Las pruebas ofrecidas no son pertinentes | 7 | 70 |
| 3 | ▪ El Proceso concluyó sentencia en 1ra. Instancia | 2 | 20 |
| | ▪ El proceso concluyó con sentencia en 2da. instancia. | 5 | 50 |
| | ▪ El proceso concluyó de otra forma | 3 | 30 |
| 4 | ▪ La sentencia de 1ra. instancia declaró la filiación por la causal invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 2 | 20 |
| | ▪ La sentencia de 1ra. instancia declaró la filiación por la causal no invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 5 | 50 |
| 5 | ▪ La sentencia de 2da. instancia declara la filiación por causal invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 1 | 10 |
| | ▪ La sentencia de 2da. instancia declara la filiación por causal no invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 4 | 40 |
| | ▪ No hubo apelación | 2 | 20 |

Fuente: Archivo general del la Corte Superior de Justicia de Arequipa

En este cuadro, encontramos los resultados relacionados con la causal de posesión constante de estado de hijo en 10 expedientes. En el análisis encontramos que:

- a.** Respecto de la Invocación de la Causal en el Petitorio que solo en un 20 % de la muestra se cumplió con invocar la causal en el petitorio de la demanda mientras que en el 80 % no se cumplió. Estos resultados resultan preocupantes pues como ya lo

señalamos la causal por la que se reclama la filiación debe ser precisada en forma clara y concreta a fin de facilitar el derecho de defensa y posibilitar una sentencia de fondo. Ambos supuestos resultan vulnerados con este incumplimiento que proviene primeramente de quien plantea la demanda y luego del Juez quien estaba en la obligación de declarar inadmisibile la demanda hasta que se precise la causal que se invoca .

Si se han fijado causales para la declaración de la filiación extramatrimonial es porque el legislador ha querido que se haga una interpretación restrictiva de la norma y no extensiva , pues de lo contrario carecería de sentido fijar causales.

b. Respecto de las pruebas que se ofrecen para acreditar lo demandado .- Encontramos que solo 30 % de pruebas resulta pertinente y 70% no resulta pertinente a lo reclamado.

Los resultados también son preocupantes teniendo en cuenta la trascendencia del derecho reclamado. El alto porcentaje de pruebas impertinentes a la causal no permiten probar el derecho reclamado en forma fehaciente como correspondería en estos casos. .

c. Respecto de la conclusión del proceso .- Encontramos los siguientes resultados .

El 20% de los procesos concluyeron con sentencia de primera Instancia , en tanto que el 50 % concluyeron con sentencia de segunda instancia,, y el 30 % concluyeron de otra forma es decir, por conciliación, por allanamiento, por transacción, por desistimiento, y por abandono.

El proceso normalmente debe concluir con sentencia, mas aun cuando se trata de una sentencia declarativa con efectos *erga omnes* , y aun cuando encontramos que un 70 % culmina con sentencia de primera o segunda instancia, el 30 % restante ha concluido en forma irregular pues como hemos señalados, las formas especiales de conclusión del proceso no pueden ser aplicables a casos de derechos indisponibles como son los procesos de filiación extramatrimonial, los mismos que como ya dijimos deben concluir con sentencia.

En las muestra analizada no hemos encontrado procesos recurridos en casación

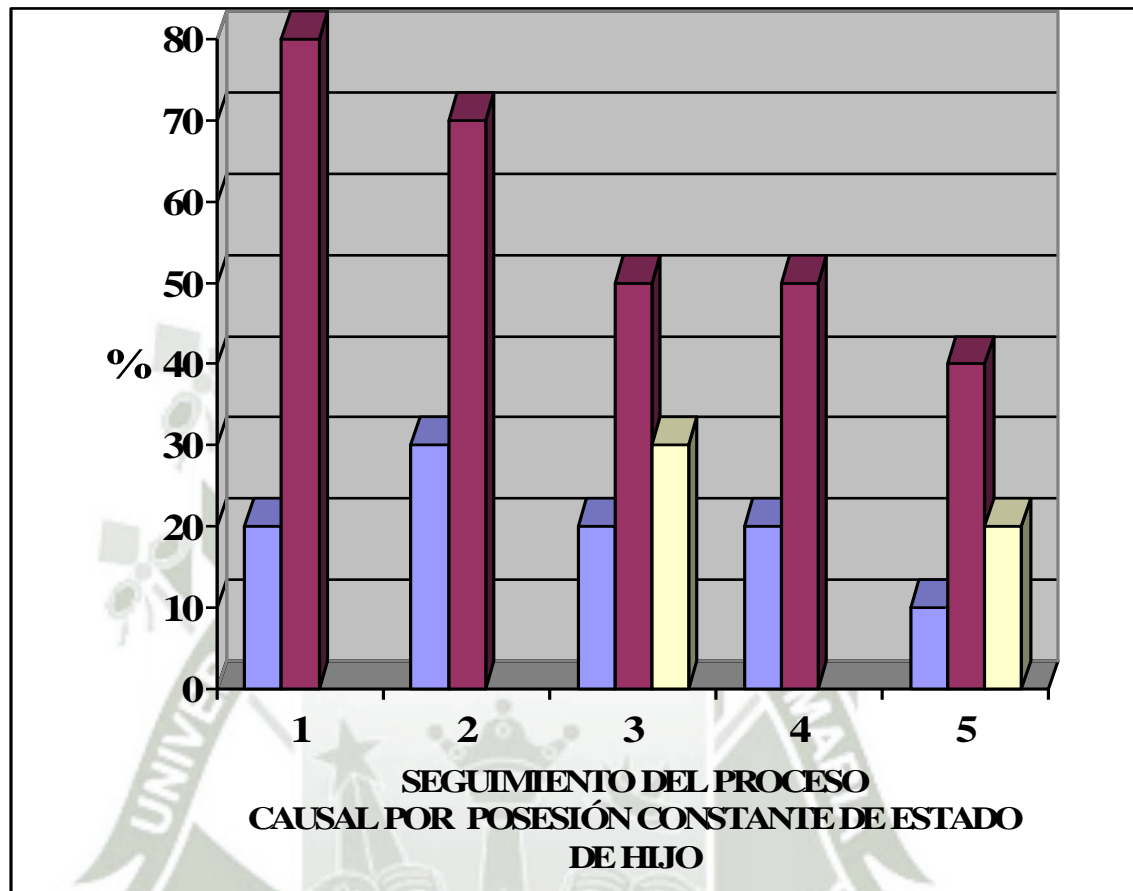
d. En el punto 4 del cuadro analizamos si es que hay una correspondencia entre la causal que se invoca y la causal o la forma como se declara o no la filiación en primera instancia encontrando que :

De los 7 expedientes en los que se expidió sentencia solo en 2 se mencionó en forma expresa la causal por la cual se declaró o no la filiación del demandante . En 5 expedientes, mas de la mitad de la muestra, se declara o no la filiación sin señalar la causal, situación que también es irregular y que no está de acuerdo con la naturaleza del derecho en discusión.

e. Finalmente en la segunda Instancia encontramos también que solo en un proceso, se declara la filiación por causal invocada en el petitorio mientras que en 4, no se ha precisado la causal por la que se declara o no el derecho evidenciando que esta situación irregular llega aun a la segunda instancia.



GRAFICO .



Fuente: Archivo general del la Corte Superior de Justicia de Arequipa

En este cuadro , encontramos los resultados relacionados con la causal comentada anteriormente .

CUADRO N° 4

**DEMANDAS DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL, POR LA CAUSAL DE CONCUBINATO, EN
UN TOTAL DE 28 EXPEDIENTES**

| SEGUIMIENTO DEL PROCESO | | N° | % |
|-------------------------|---|----|----|
| 1 | ▪ Se invocó la causal en el petitorio | 10 | 36 |
| | ▪ No se invocó la causal en el petitorio | 18 | 64 |
| 2 | ▪ Las pruebas ofrecidas son pertinentes | 14 | 50 |
| | ▪ Las pruebas ofrecidas no son pertinentes | 14 | 50 |
| 3 | ▪ El Proceso concluyó sentencia en 1ra. Instancia | 3 | 11 |
| | ▪ El proceso concluyó con sentencia en 2da. instancia. | 18 | 64 |
| | ▪ El proceso concluyó de otra forma | 7 | 25 |
| 4 | ▪ La sentencia de 1ra. instancia declaró la filiación por la causal invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 10 | 36 |
| | ▪ La sentencia de 1ra. instancia declaró la filiación por la causal no invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 11 | 39 |
| 5 | ▪ La sentencia de 2da. instancia declara la filiación por causal invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 7 | 25 |
| | ▪ La sentencia de 2da. instancia declara la filiación por causal no invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 11 | 39 |
| | ▪ No hubo apelación | 3 | 11 |

Fuente: Archivo general del la Corte Superior de Justicia de Arequipa

En este cuadro, encontramos los resultados relacionados con la causal de concubinato en 28 expedientes. En los procesos encontramos que:

- a. Respecto de la invocación de la causal en el petitorio que solo en un 36 % de la muestra se cumplió con invocar la causal en el petitorio de la demanda mientras que en el 64 % no se cumplió. Estos resultados son preocupantes pues como ya lo

señalamos. La causal por la que se reclama la filiación debe ser precisada en forma clara y concreta a fin de facilitar el derecho de defensa y posibilitar una sentencia de fondo. Ambos supuestos resultan vulnerados con este incumplimiento que proviene primeramente de quien plantea la demanda y luego del Juez quien estaba en la obligación de declarar inadmisibile la demanda hasta que se precise la causal que se invoca.

Si se han fijado causales para la declaración de la filiación extramatrimonial es porque el legislador ha querido que se haga una interpretación restrictiva de la norma y no extensiva, pues de lo contrario carecería de sentido fijar causales

b. Respecto de las pruebas que se ofrecen para acreditar lo demandado.- Encontramos que solo 50 % de pruebas resulta pertinente y el otro 50% no resulta pertinente a lo reclamado

Los resultados también son preocupantes teniendo en cuenta la trascendencia del derecho reclamado. El alto porcentaje de pruebas impertinentes a la causal no permiten probar el derecho reclamado en forma fehaciente como correspondería en estos casos. No obstante debemos señalar que es superior a las otras causales que anteriormente hemos comentado.

c. Respecto de la conclusión del proceso.- Encontramos los siguientes resultados :

El 11% de los procesos concluyeron con sentencia de primera Instancia, tanto que el 64 % concluyeron con sentencia de segunda instancia, y el 25 % concluyeron de otra forma es decir, por conciliación, por allanamiento, por transacción, por desistimiento y por abandono.

El proceso normalmente debe concluir con sentencia, mas aun cuando se trata de una sentencia declarativa con efectos *erga omnes*, y aun cuando encontramos que un 75 % culmina con sentencia de primera o segunda instancia, el 25 % restante ha concluido en forma irregular pues como hemos señalados, las formas especiales de conclusión del proceso no pueden ser aplicables a casos de derechos indisponibles como son los procesos de filiación extramatrimonial, los mismos que como ya dijimos deben concluir con sentencia por estar referidos a Estados de Familia.

En la muestra analizada no hemos encontrado procesos recurridos en casación

d. En el punto 4 del cuadro analizamos si es que hay una correspondencia entre la causal que se invoca y la causal o la forma como se declara o no la filiación en primera instancia encontrando que:

De los 22 expedientes en los que se expidió sentencia solo en 10 se mencionó en forma expresa la causal por la cual se declaró o no la filiación del demandante . En 11 expedientes, mas de la mitad de la muestra, se declara o no la filiación sin señalar la causal, situación que también es irregular y que no está de acuerdo con el derecho en discusión

e. Finalmente en la segunda Instancia encontramos también que solo en 7 se declara la filiación por causal invocada en el petitorio mientras que en 11, no se ha precisado la causal por la que se declara o no el derecho evidenciando que esta situación irregular llega aun a la segunda instancia.

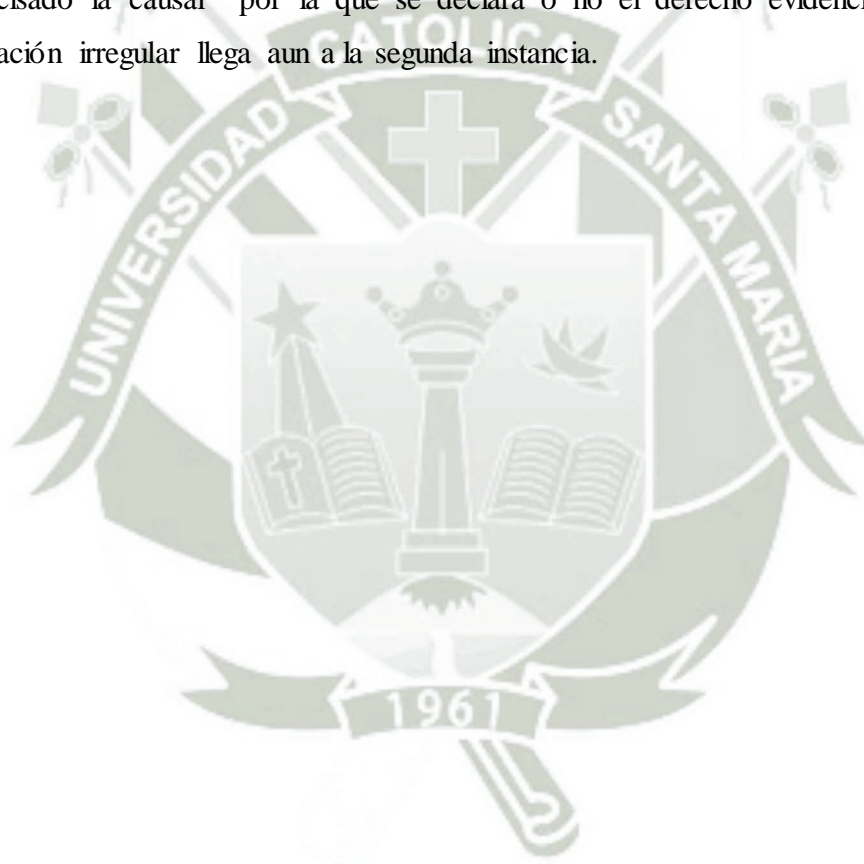
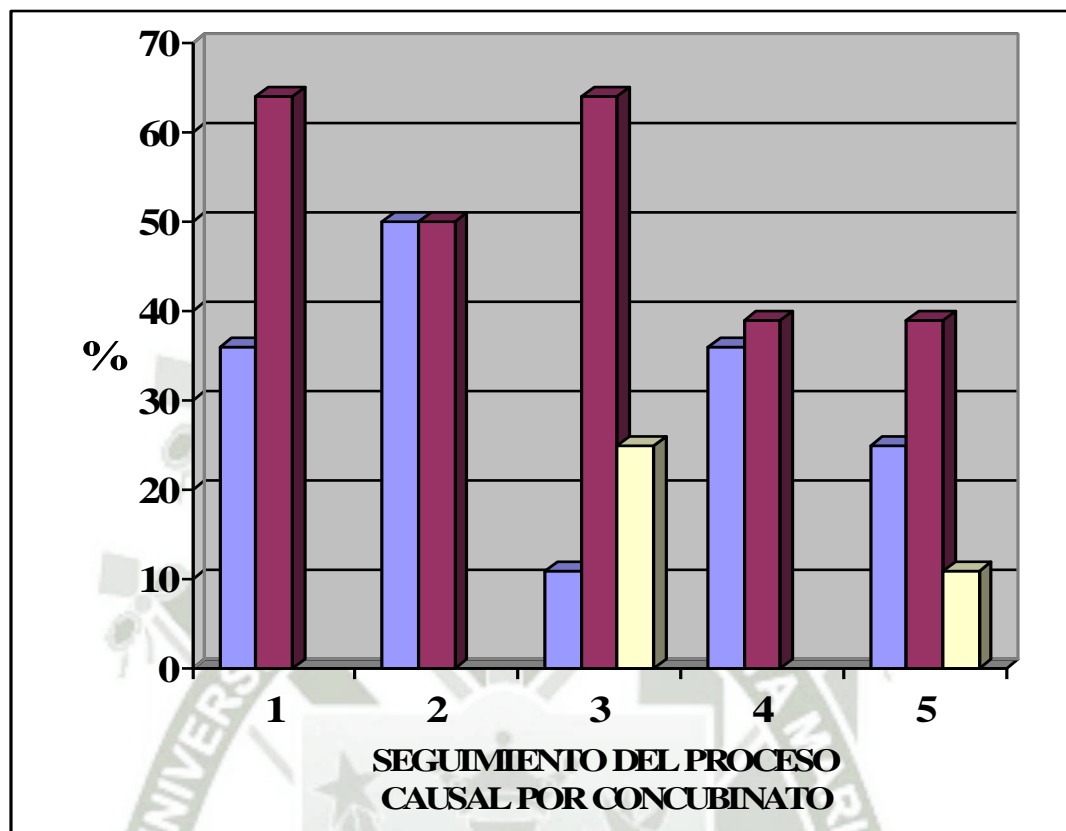


GRAFICO 4.



Fuente: Archivo general del la Corte Superior de Justicia de Arequipa

En este cuadro , encontramos los resultados relacionados con la causal comentada anteriormente

CUADRO N° 5

**DEMANDAS DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL, POR LA CAUSAL DE SEDUCCIÓN, EN UN
TOTAL DE 6 EXPEDIENTES**

| SEGUIMIENTO DEL PROCESO | | N° | % |
|-------------------------|---|----|------|
| 1 | ▪ Se invocó la causal en el petitorio | 2 | 33 |
| | ▪ No se invocó la causal en el petitorio | 4 | 67 |
| 2 | ▪ Las pruebas ofrecidas son pertinentes | 4 | 67 |
| | ▪ Las pruebas ofrecidas no son pertinentes | 2 | 33 |
| 3 | ▪ El Proceso concluyó sentencia en 1ra. Instancia | 1 | 16.5 |
| | ▪ El proceso concluyó con sentencia en 2da. instancia. | 3 | 50.5 |
| | ▪ El proceso concluyó de otra forma | 2 | 33 |
| 4 | ▪ La sentencia de 1ra. instancia declaró la filiación por la causal invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 2 | 33 |
| | ▪ La sentencia de 1ra. instancia declaró la filiación por la causal no invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 2 | 33 |
| 5 | ▪ La sentencia de 2da. instancia declara la filiación por causal invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 1 | 16.5 |
| | ▪ La sentencia de 2da. instancia declara la filiación por causal no invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 2 | 33 |
| | ▪ No hubo apelación | 1 | 16.5 |

Fuente: Archivo general del la Corte Superior de Justicia de Arequipa

En este cuadro , encontramos los resultados relacionados con la causal de Seducción en 6 expedientes . En el análisis encontramos que :

- a. Respecto de la invocación de la causal en el petitorio que solo en un 33 % de la muestra se cumplió con invocar la causal en el petitorio de la demanda mientras que en el 67 % no se cumplió. Estos resultados son preocupantes pues como ya lo

señalamos . La causal por la que se reclama la filiación debe ser precisada en forma concreta a fin de facilitar el derecho de defensa y posibilitar una sentencia de fondo. Ambos supuestos resultan vulnerados con este incumplimiento que proviene primeramente de quien plantea la demanda y luego del Juez quien estaba en la obligación de declarar inadmisibile la demanda hasta que se precise la causal que se invoca .

Si se han fijado causales para la declaración de la filiación extramatrimonial es porque el legislador ha querido que se haga una interpretación restrictiva de la norma y no extensiva, pues de lo contrario carecería de sentido fijar causales.

b. Respecto de las Pruebas que se ofrecen para acreditar lo demandado.- Encontramos que solo 67 % de pruebas resulta pertinente y en el 33 % no resulta pertinente a lo reclamado y que en la muestra bajo análisis se ha encontrado en el petitorio o en los hechos que son expuestos en la demanda.

Los resultados también son preocupantes teniendo en cuenta la trascendencia del derecho reclamado. El alto porcentaje de pruebas impertinentes a la causal no permiten probar el derecho reclamado en forma fehaciente como correspondería en estos casos. No obstante debemos señalar que es superior a las otras causales que anteriormente hemos comentado.

c. Respecto de la conclusión del proceso .- Encontramos los siguientes resultados .

El 16.5 % de los procesos concluyeron con sentencia de primera Instancia , tanto que el 50.5 % concluyeron con sentencia de segunda instancia, y el 33 % concluyeron de otra forma es decir por conciliación, por allanamiento, por transacción, por desistimiento y por abandono.

El proceso normalmente debe concluir con sentencia, mas aun cuando se trata de una sentencia declarativa con efectos *erga omnes*, y si bien encontramos que un 67 % culmina con sentencia de primera o segunda instancia, el 33 % restante ha concluido en forma irregular pues como hemos señalados,.las formas especiales de conclusión del proceso no pueden ser aplicables a casos de derechos indisponibles como son los procesos de filiación extramatrimonial, los mismos que como ya dijimos deben concluir con sentencia.

En las muestra analizada no hemos encontrado procesos recurridos en casación

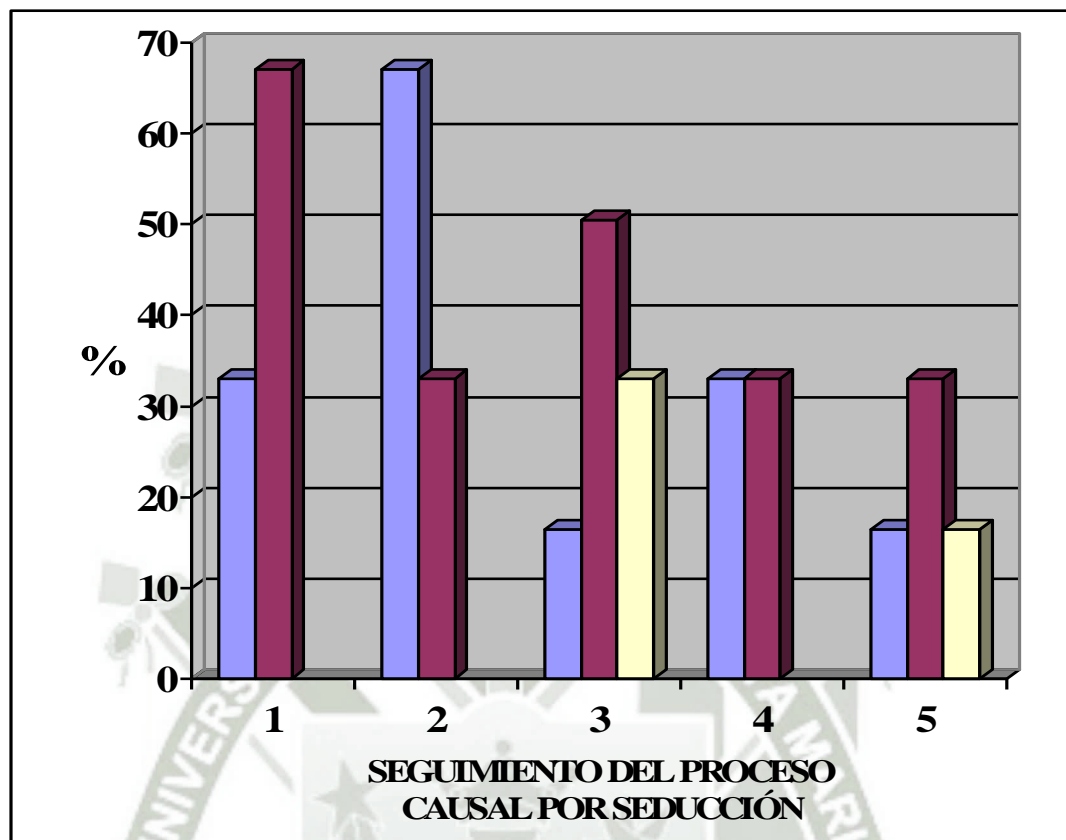
d. En el punto 4 del cuadro analizamos si es que hay una correspondencia entre la causal que se invoca y la causal o la forma como se declara o no la filiación en primera instancia encontrando que:

De los 6 expedientes en los que se expidió sentencia, solo en 1 proceso se mencionó en forma expresa la causal por la cual se declaró o no la filiación del demandante. En 5 expedientes, mas de la mitad de la muestra, se declara o no la filiación sin señalar la causal. Situación que también es irregular y que no está de acuerdo con el derecho en discusión.

e. Finalmente en la segunda Instancia encontramos también que solo en 1 expediente se declara la filiación por causal invocada en el petitorio mientras que en 2 expedientes, no se ha precisado la causal por la que se declara o no el derecho evidenciando que esta situación irregular llega aun a la segunda instancia.



GRAFICO 5.



Fuente: Archivo general del la Corte Superior de Justicia de Arequipa

En este cuadro , encontramos los resultados relacionados con la causal comentada anteriormente

CUADRO N° 6

**DEMANDAS DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL, POR LA CAUSAL DEL ADN, EN UN TOTAL
DE 8 EXPEDIENTES**

| SEGUIMIENTO DEL PROCESO | | N° | % |
|-------------------------|---|----|------|
| 1 | ▪ Se invocó la causal en el petitorio | 4 | 50 |
| | ▪ No se invocó la causal en el petitorio | 4 | 50 |
| 2 | ▪ Las pruebas ofrecidas son pertinentes | 8 | 100 |
| | ▪ Las pruebas ofrecidas no son pertinentes | 0 | 0 |
| 3 | ▪ El Proceso concluyó sentencia en 1ra. instancia | 4 | 50 |
| | ▪ El proceso concluyó con sentencia en 2da. instancia. | 1 | 12.5 |
| | ▪ El proceso concluyó de otra forma | 3 | 37.5 |
| 4 | ▪ La sentencia de 1ra. Instancia declaró la filiación por la causal invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 4 | 50 |
| | ▪ La sentencia de 1ra. Instancia declaró la filiación por la causal no invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 0 | 0 |
| 5 | ▪ La sentencia de 2da. instancia declara la filiación por causal invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 1 | 12.5 |
| | ▪ La sentencia de 2da. instancia declara la filiación por causal no invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 0 | 0 |
| | ▪ No hubo apelación | 4 | 50 |

Fuente: Archivo general del la Corte Superior de Justicia de Arequipa

En este cuadro , encontramos los resultados relacionados con la causal del ADN en 8 expedientes . En el análisis encontramos que:

- a. Respecto de la invocación de la causal en el petitorio que solo en un 50 % de la muestra se cumplió con invocar la causal en el petitorio de la demanda mientras que en el 50 % no se cumplió. Estos resultados son preocupantes pues como ya lo

señalamos. La causal por la que se reclama la filiación debe ser precisada en forma concreta a fin de facilitar el derecho de defensa y posibilitar una sentencia de fondo. Ambos supuestos resultan vulnerados con este incumplimiento que proviene primeramente de quien plantea la demanda y luego del Juez quien estaba en la obligación de declarar inadmisibles las demandas hasta que se precise la causal que se invoca .

Si se han fijado causales para la declaración de la filiación extramatrimonial es porque el legislador ha querido que se haga una interpretación restrictiva de la norma y no extensiva, pues de lo contrario carecería de sentido fijar causales.

b. Respecto de las pruebas que se ofrecen para acreditar lo demandado .- Encontramos que en el 100 % de pruebas resulta pertinente, pues todos han ofrecido que se practique la prueba genética. El problema que en muchos casos no se puede llevar a cabo la prueba por su alto costo.

c. Respecto de la conclusión del proceso .- Encontramos los siguientes resultados:

En el 50% % de los procesos se dictó sentencia de primera Instancia , en tanto que el 12.5 % concluyeron con sentencia de segunda instancia , y el 37.5 % concluyó de otra forma es decir por conciliación, por allanamiento, por transacción por desistimiento, y por abandono .

El proceso normalmente debe concluir con sentencia , mas aun cuando se trata de una sentencia declarativa con efectos *erga omnes*, y si bien encontramos que un 52.5 % culmina con sentencia de primera o segunda instancia , el 37.5 % restante ha concluido en forma irregular pues como hemos señalado .Las formas especiales de conclusión del proceso no pueden ser aplicables a casos de derechos indisponibles como son los procesos de filiación extramatrimonial, los mismos que como ya dijimos deben concluir con sentencia por estar referidos a Estados de Familia

En las muestra analizada no hemos encontrado procesos recurridos en casación

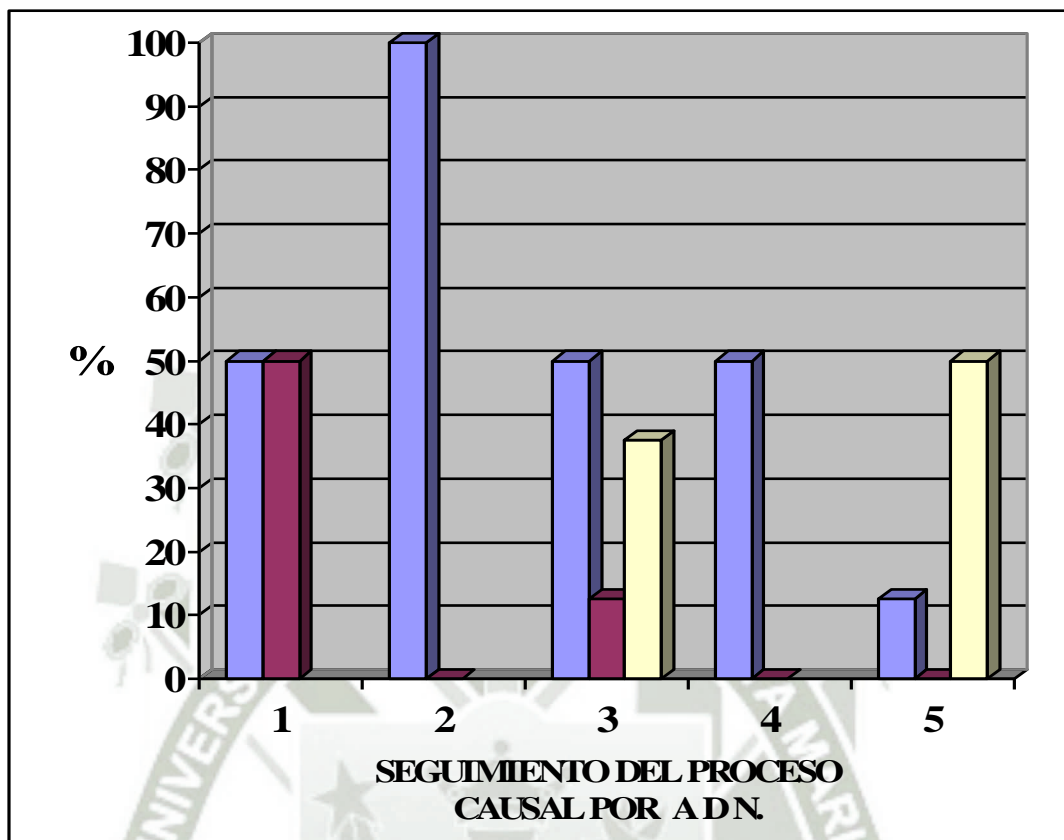
d. En el punto 4 del cuadro analizamos si es que hay una correspondencia entre la causal que se invoca y la causal o la forma como se declara o no la filiación en primera instancia encontrando que :

De los 6 expedientes en los que se expidió sentencia en 4 se mencionó en forma expresa la causal por la cual se declaró o no la filiación del demandante.

Finalmente en la segunda Instancia encontramos también que en el único expediente materia de apelación, se declara la filiación por causal invocada en el petitorio.



GRAFICO 6.



Fuente: Archivo general del la Corte Superior de Justicia de Arequipa

En este cuadro , encontramos los resultados relacionados con la causal comentada anteriormente

3.- RESÚMEN ESTADÍSTICO

CUADRO N° 7

RESUMEN DE LOS RESULTADOS DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL, CONSIDERANDO LAS CAUSALES DEL ART. 402 DEL CÓDIGO CIVIL MATERIA DE ESTA INVESTIGACIÓN EN 72 EXPEDIENTES

| SEGUIMIENTO DEL PROCESO | | N° | % |
|-------------------------|---|----|-------|
| 1 | ▪ Se invocó la causal en el petitorio | 24 | 33.33 |
| | ▪ No se invocó la causal en el petitorio | 48 | 66.66 |
| 2 | ▪ Las pruebas ofrecidas son pertinentes | 39 | 54.16 |
| | ▪ Las pruebas ofrecidas no son pertinentes | 33 | 45.83 |
| 3 | ▪ El Proceso concluyó sentencia en 1ra. instancia | 14 | 19.40 |
| | ▪ El proceso concluyó con sentencia en 2da. instancia. | 39 | 54.16 |
| | ▪ El proceso concluyó de otra forma | 19 | 26.38 |
| 4 | ▪ La sentencia de 1ra. Instancia declaró la filiación por la causal invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 25 | 34.72 |
| | ▪ La sentencia de 1ra. Instancia declaró la filiación por la causal no invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 27 | 37.50 |
| 5 | ▪ La sentencia de 2da. Instancia declara la filiación por causal invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 14 | 19.40 |
| | ▪ La sentencia de 2da. Instancia declara la filiación por causal no invocada en el petitorio o expuesta en los hechos. | 25 | 34.72 |
| | ▪ No hubo apelación | 14 | 19.40 |

Fuente: Archivo general del la Corte Superior de Justicia de Arequipa

En este cuadro se muestra el resumen de los resultados de la invocación de las causales de filiación extramatrimonial, cuyos resultados se han analizado en los cuadros anteriores

En los 72 expedientes que han sido materia de la muestra encontramos que:

a. Respecto de la invocación de la causal en el petitorio que solo en un 33.33 % de la muestra se cumplió con invocar la causal en el petitorio de la demanda mientras que en el 66.66 % no se cumplió. Estos resultados son preocupantes pues como ya lo señalamos . La causal por la que se reclama la filiación debe ser precisada en forma clara y concreta a fin de facilitar el derecho de defensa y posibilitar una sentencia de fondo. Ambos supuestos resultan vulnerados con este incumplimiento que proviene primeramente de quien plantea la demanda y luego del Juez quien estaba en la obligación de declarar inadmisibile la demanda hasta que se precise la causal que se invoca .

Si se han fijado causales para la declaración de la filiación extramatrimonial es porque el legislador ha querido que se haga una interpretación restrictiva de la norma y no extensiva , pues de lo contrario carecería de sentido fijar causales

b. Respecto de las pruebas que se ofrecen para acreditar lo demandado .- Encontramos que solo en el 54.16 % de procesos las pruebas resultan pertinente yen el 45.83 % no resulta pertinente a lo reclamado.

Los resultados también son preocupantes teniendo en cuenta la trascendencia del derecho reclamado. El alto porcentaje de pruebas impertinentes a la causal invocada no permiten probar el derecho reclamado en forma fehaciente como correspondería en estos casos.

c. Respecto de la conclusión del proceso .- Encontramos los siguientes resultados .

En el 19.40 % de los procesos se pronunció sentencia en primera Instancia ,en tanto que el 54.16 % concluyeron con sentencia de segunda instancia, y el 26 % concluyeron de otra forma es decir por conciliación, por allanamiento, por transacción, por desistimiento y por abandono.

El proceso normalmente debe concluir con sentencia , mas aun cuando se trata de una sentencia declarativa con efectos *erga omnes* , y si bien encontramos que un 73.56 % culmina con sentencia de primera o segunda instancia, el 26 % restante ha concluido en forma irregular pues como hemos señalados, las formas especiales de conclusión del proceso no pueden ser aplicables a casos de derechos indisponibles

como son los procesos de filiación extramatrimonial, los mismos que como ya dijimos deben concluir con sentencia por estar referidos Estados de Familia.

En la muestra analizada no hemos encontrado procesos recurridos en casación.

d. En el punto 4 del cuadro analizamos si es que hay una correspondencia entre la causal que se invoca y la causal o la forma como se declara o no la filiación en primera instancia encontrando que:

De los 52 expedientes en los que se expidió sentencia solo en 25 se mencionó en forma expresa la causal por la cual se declaró o no la filiación del demandante en primera instancia, mientras que en 27 no se señaló.

e. Finalmente en la segunda Instancia encontramos también que solo en 14 expediente se declara la filiación por causal invocada en el petitorio mientras que en 25 expedientes, no se ha precisado la causal por la que se declara o no el derecho evidenciando que esta situación irregular llega aun a la segunda instancia.

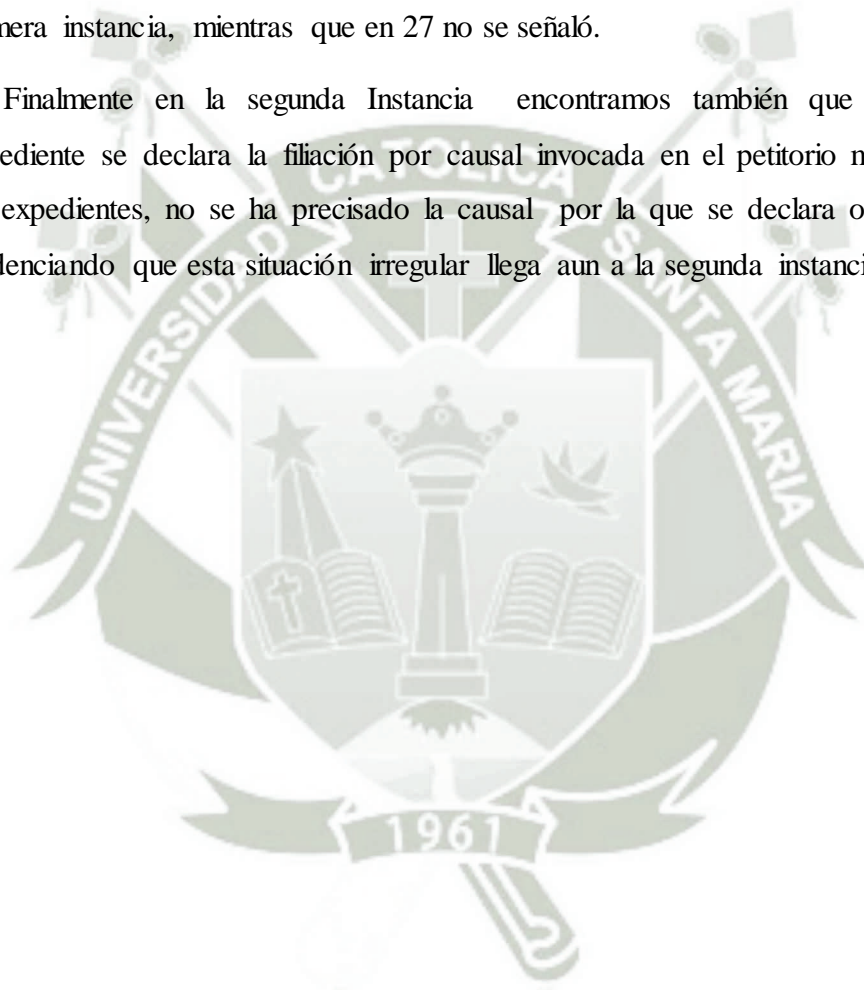
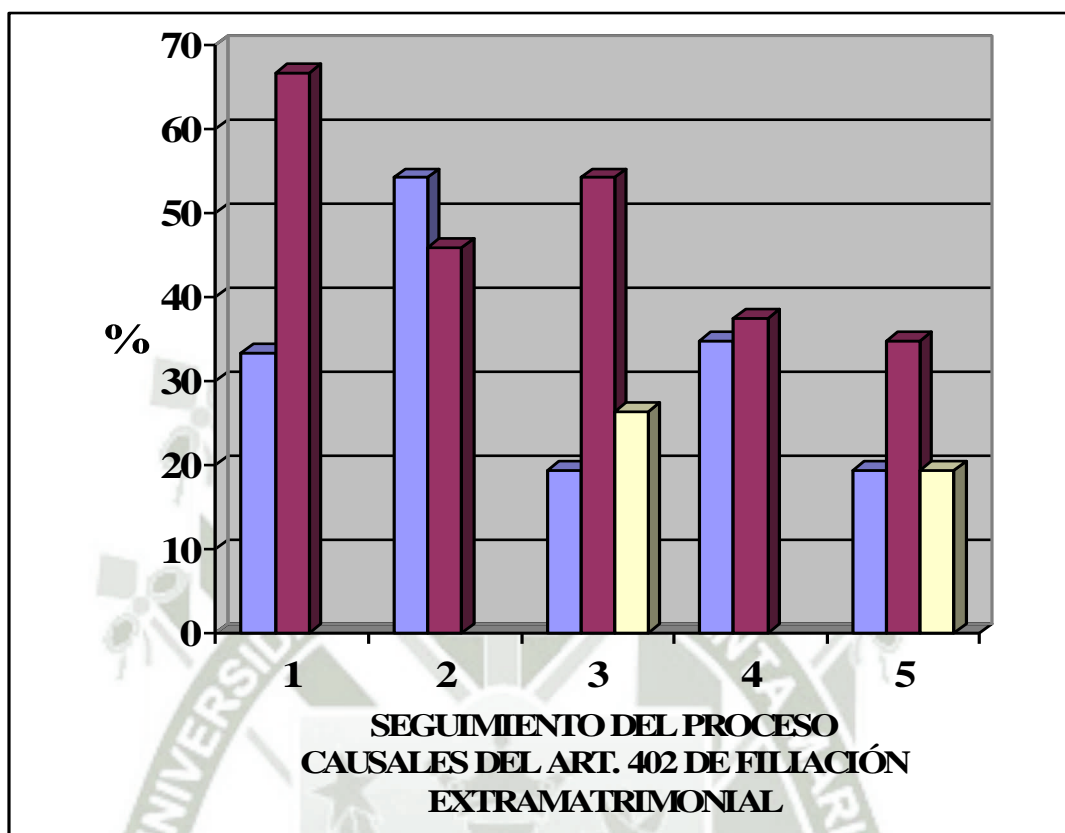


GRAFICO 7.



Fuente: Archivo general de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

En esta gráfica objetivizamos los resultados analizados en el cuadro anterior

En este capítulo , la investigación nos ha permitido encontrar las siguientes ideas importantes

En el petitorio de la demanda no se precisa la causal por la cual se solicita la filiación, no obstante que ello resulta fundamental pues nuestro ordenamiento ha fijado las causales por las cuales se puede solicitar la filiación.

A la omisión de los abogados respecto de la precisión de la causal se agrega la de los órganos jurisdiccionales que en gran número de procesos , tanto en la sentencia de primera instancia como en la resolución de vista en segunda instancia, tampoco la precisan.

El proceso concluye con formas que no son apropiadas al derecho para el que se solicita cautela, casi un 25% de los procesos termina por medio de conciliación , desistimiento, allanamiento , reconocimiento , abandono y transacción .

Que pese a que la Ley 28487 ha sido promulgada para amparar el derecho de filiación en la practica resulta ser una de mas menos usadas, pues como se ve del cuadro N° 1 de los 71 procesos tomados como muestra en solo 8 se ha invocado la causal del ADN en el periodo de investigación.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Del análisis de las posiciones doctrinarias, se concluye que la filiación es la relación jurídico-biológica que vincula a una persona con sus ascendientes y descendientes. La filiación jurídica, es el vínculo que la Ley atribuye a dos personas mientras que la filiación biológica es el vínculo que une a al generando con sus generantes. Lo ideal es que una guarde relación de identidad con la otra. Por ello se concluye que la filiación es un vínculo importante del que se derivan una serie de derechos, deberes y funciones entre las personas que se encuentran vinculadas.

SEGUNDA.- Respecto de la filiación existen sistemas restrictivos que prohíben la investigación de la paternidad tomando como sustento el Derecho a la Intimidad del padre y de la familia de este. Existen también sistemas que permiten la investigación de la paternidad con amplitud tomando como sustento el derecho que tiene el ser humano a conocer a sus padres. En algunas legislaciones se ha adoptado un sistema mixto y se permite la investigación de la paternidad solo en determinados supuestos denominadas causales, mientras que en otros casos lo prohíbe. Nuestro país ha adoptado este último sistema.

TERCERA.- En nuestra legislación ha habido una evolución respecto del derecho de filiación que se aprecia de la siguiente manera en los 3 últimos Códigos Civiles. El Código Civil de 1852, que tuvo su inspiración en el Código de Napoleón, prohibió la investigación de la paternidad. El Código Civil de 1936, permitió la investigación de la paternidad en determinados casos que denominó causales pero mantuvo su prohibición en otros y otorgó mas derechos a los hijos matrimoniales que a los extramatrimoniales. El Código Civil de 1984, de vigencia actual, mantiene el sistema mixto de filiación, estableció la igualdad de derechos entre los hijos e introdujo las pruebas científicas como elemento para ayudar a la determinación de la paternidad.

CUARTA.- No obstante que nuestra Constitución prohíbe hacer distinción entre los hijos, nuestra legislación mantiene dos denominaciones: hijos matrimoniales para los nacidos dentro de matrimonio e hijos extramatrimoniales para los nacidos fuera de matrimonio. No obstante que estas denominaciones se mantienen la Ley, mas para hacer referencia a la filiación, en el fondo y siempre como consecuencia de prejuicios

sociales, hay una suerte de discriminación en el trato respecto de los hijos extramatrimoniales.

QUINTA.- Como consecuencia de diversos instrumentos internacionales que generaron corrientes en pro del respeto de los derechos humanos, se ha determinado que el derecho del ser humano de conocer a sus padres, y por tanto a conocer su verdadera filiación, es un derecho fundamental que ha sido positivado en diferentes instrumentos legales. Es en este sentido que el Derecho a la Filiación constituye una prerrogativa perpetua, inalienable que corresponde a toda persona por su condición de ser humano .

SEXTA.- Teniendo en cuenta que el derecho a la intimidad del padre, que es el sustento de la prohibición de investigación de la paternidad, tiene carácter de derecho fundamental, a fin de justificar la primacía o no del derecho a la filiación que también es un derecho fundamental, es necesario aplicar el denominado Test de Proporcionalidad .

SETIMA.- En la determinación de la preeminencia del Derecho de Filiación sobre el Derecho a la Intimidad se considerará: a) la persecución de un fin legítimo ,b) la limitación necesaria de los derechos fundamentales, c) la ponderación de los principios en colisión .

OCTAVA.- El Código Civil de nuestro país admite la filiación extramatrimonial en base a presunciones así se ve de las primeras cinco causales señaladas por el artículo 402 de dicho código, pero también admite el reclamo de la filiación mediante pruebas de certeza científica como son las pruebas genéticas, en especial la del ADN, introducida a nuestra legislación en enero de 1999. Esta última hace e innecesarias en rigor, las anteriores pero en la realidad, el costo elevado de la prueba científica, la realidad social de nuestra población, da lugar a que se siga invocando las presunciones como causal para la declaración de la filiación extramatrimonial, por lo que la ley que introduce el uso de las pruebas genéticas tiene muy poca aplicación práctica, lo que no está en relación con la intención de legislador .

NOVENA.- Nuestro Ordenamiento Civil no permite la investigación de la paternidad en los siguientes casos

- Artículo 376: que señala, que cuando se reúnan a favor de la filiación matrimonial la posesión constante de estado y el título que dan las partidas de matrimonio y la partidas de nacimiento, la paternidad no puede ser contestar por ninguno, ni aun por el propio hijo.
- Artículo 396 que precisa, que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiera negado y obtuviera sentencia favorable.
- Artículo 402: que en su parte final precisa que la prueba del ADN no es aplicable respecto del hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.
- Artículo 404: que señala que si la madre estaba casada en la época de la concepción sólo puede admitirse la declaración judicial de paternidad extramatrimonial en caso de la que el marido hubiese contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.

Conforme a lo expuesto en este trabajo , estas normas deben ser modificadas a fin de permitir una investigación amplia de la paternidad .

DÉCIMA. – En el presente trabajo se ha escogido una muestra de 72 expedientes de procesos de filiación extramatrimonial, habiéndose verificado que la causal mas invocada , es la de concubinato con un 39% seguida por la causal de escrito indubitado con un 28 %. Las causales menos invocadas son la de seducción y la del ADN con un 8 % y 11 % respectivamente.

DÉCIMO PRIMERA.- En la tramitación de los procesos se ha verificado omisiones tanto por parte de los abogados , de los justiciables como los magistrados . Así podemos señalar que :

- a) No se precisa en forma expresa en el petitorio, la causal de filiación por la que se interpone la demanda. Así se verifica en el 66 % de la muestra y solo en un 36 %, si se cumple con hacerlo. Ello no está en relación a la importancia del derecho reclamado y además implica un incumplimiento de la norma contenida en el artículo 424, inc. 5 del Código Procesal Civil .
- b) Las pruebas ofrecidas no resultan pertinentes a la causal de filiación invocada y por tanto, contradicen la obligación de probar los hechos alegados en la demanda prevista en el artículo 196 del Código procesal Civil y resultan

insuficientes para probar la causal invocada en mérito a la cual, se solicita la declaración de la filiación extramatrimonial. El 45.83 % de la muestra expresa esta impertinencia.

- c) En sede jurisdiccional tampoco se observa el tratamiento adecuado a la jerarquía del derecho reclamado, pues se ha verificado sentencias en las que no se precisa la causal por la que se declara la filiación. De lo investigado se comprueba que solo en el 34.72 % de la muestra, en sentencia de primera instancia, se precisa la causal por la que se declara la filiación, en el resto solo se declara la filiación sin precisar la causal. En segunda Instancia se precisa la causal solo en el 19.4 % de los expedientes subidos en grado.
- d) Respecto de la forma de conclusión de los procesos se ha encontrado irregularidad por parte del operador jurisdiccional. Así se aprecia que el 74 % concluye por sentencia que es el acto procesal adecuado toda vez que es estos procesos la sentencia es declarativa. El 26 % ha concluido por forma distinta a la sentencia: Conciliación, Desistimiento, Allanamiento, Reconocimiento, Abandono y Transacción. Tratándose de derechos indisponibles estas formas de conclusión son irregulares por el carácter mismo de tales derechos.

DÉCIMO SEGUNDA.- El 7 de enero del 2005- , se promulgó la Ley 28457, que modifica la competencia y el procedimiento en los procesos de filiación cuando estos se basan en la causal del ADN. Esta Ley otorga competencia a los Jueces de Paz Letrados, implanta un proceso monitorio, posibilitando la expedición del mandato de declaración de filiación con la sola afirmación de la parte demandante, reduce la oposición solo a la posibilidad de que el demandado se someta a la prueba del ADN. Esta ley resulta violatoria de las reglas de la competencia al establecer competencias distintas y de diferente grado para el mismo derecho reclamado; resulta atentatoria al debido proceso por cuanto da fe plena a la afirmación de la demandante y en base a ello expide una resolución que declara la filiación; afecta al derecho de la doble instancia al determinar que para las causales previstas en los incisos 1 a 5 sean apeladas por ante las Salas Superiores y tengan la posibilidad de recurrir en casación. En cambio en los procesos por la causal del ADN la segunda instancia la constituyen los Juzgados Especializados de Familia, sin posibilidad de casación. Esta Ley también afecta al derecho aprobar, pues solo permite el ofrecimiento de una prueba, la del ADN, afecta al

derecho a la merituación de la prueba pues el fallo solo se sustenta en el resultado de una pericia.

Finalmente aunque entre los motivos para la expedición de esta Ley, estaba el elevado costo del proceso de conocimiento, los resultados no han sido efectivos por el elevado costo de la prueba del ADN.



PROYECTO DE LEY PARA MODIFICAR LAS CAUSALES DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

CONSIDERANDO

Primero .- Que el derecho del hombre de conocer su verdadera filiación, es un derecho humano y por tanto, una prerrogativa inalienable, perpetua que le corresponde por su condición de ser humano y porque se encuentra relacionado con su dignidad.

Segundo.- Que la Constitución Política del Perú señala en su artículo 2 , inciso 1, que toda persona tiene derecho a...su identidad , norma que concuerda con otras de carácter internacional como el artículo 2 de la “Convención de los Derechos del Niño”, el preámbulo de “La Declaración Universal de los Derechos Humanos”, las declaraciones de principios de “LA declaración Americana del los Derechos del Hombre”,El Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos”, “ La Convención Americana Sobre los Derechos Humanos ”. Estos Instrumentos internacionales son reconocidos por nuestro ordenamiento y tiene todo valor conforme los dispone la cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución .

Tercero.- Que el Derecho a la Dignidad está reconocido en el artículo 3 de nuestra Constitución , siendo este el principio cardinal que fundamenta y articula todos los derechos humanos

Cuarto.- Que nuestro Código Civil contiene normas que no permiten la investigación de la filiación con amplia libertad como corresponde a la jerarquía de un derecho humano , dando lugar que en muchos casos no pueda reclamarse la filiación extramatrimonial, por no encontrarse prevista dentro de las causales que señala el

artículo 402 del Código Civil, lo que indudablemente no guarda relación con la jerarquía y trascendencia del Derecho a la Filiación y resulta contrario a la dignidad humana reconocida por el artículo 3 de la Constitución Política. .

Quinto.- Que resulta necesario amparar el derecho a la filiación del ser humano a fin de que pueda investigarse con amplia libertad y sin limitación probatoria, pues siendo el derecho del ser humano a conocer a sus padres un derecho fundamental exige para su cabal ejercicio un sistema amplio y libre de investigación, habida cuenta que el ejercicio de este derecho restringido solo a ciertos supuestos, resulta contrario a la dignidad humana reconocida como derecho fundamental en el artículo 3 de la Constitución Política .

Sexto.- Que por las consideraciones expuestas , resulta necesaria la modificación del artículo 402 del Código Civil, que bajo el sistema de “númerus clausus ” restringe el derecho a la filiación extramatrimonial solo a determinados casos, quedando como consecuencia ello en desamparo y evidente violación de sus derechos las personas cuyas circunstancias de hecho no se encuentren enmarcados dentro de tales supuestos.

Por las consideraciones expuestas , se presenta el siguiente :

PROYECTO DE LEY

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA , en uso de las facultades contenidas en el artículo 107 de la Constitución Política del Estado ; ha dado la Ley siguiente :

Artículo 1.- Adiciónese un inciso al artículo 402 del Código Civil en los siguientes términos :

Artículo 402.

LA Paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada :

7.- Cuando por cualquier otra causa no prevista en los anteriores, se haya producido la concepción.

Lima 15 de octubre del 2006.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALEXI ,Robert. . Teoría de los Derechos Fundamentales. En Curso a distancia para magistrados. Academia de la Magistratura . Lima 2005.
2. ARIANO DEHO, Eugenia. LA Corte Suprema en el dilema entre la sustancia y la forma
3. ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max .Exégesis del Código Civil Peruano de 1084.Tomo VIII. Derecho de Familia . Gaceta Jurídica ,Lima 2001
4. BARBERO , Doménico. Sistema de Derecho Privado. Tomo I Buenos Aires EJEA, 1967
5. BIDART CAMPOS , Germán . La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación . En Diálogo con la Jurisprudencia . Año 3 , número 5. Gaceta Jurídica , Lima 1997
6. COLIN Ambroise Y CAPITAN, Henrí . Curso elemental de Derecho Civil. Tpmo I. Reus Madrid 1922
7. CORNEJO CHÁVEZ , Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomo I.. Gaceta Jurídica ,Lima 1998
8. ESPIN CANOVAS , Diego .El Principio Constitucional de Igualdad y las Relaciones de Filiación . En Curso de Actualización de la Academia de la Magistratura . Lima1998.
9. ESPINOZA ESPINOZA , Juan- Una Vedette , un reportero y un viejo cuento. En Diálogo con la jurisprudencia . Año 8n , N° 40. Gaceta Jurídica , Lima enero 2002.
10. ESPINOZA ESPINOZA , Juan-v Caso Saraí . El Interés superior del niño frente al interés superior del presidente En Diálogo con la jurisprudencia . Año 8 , N° 47. Gaceta Jurídica , Lima agosto 2002.
11. FERNADEZ , Marisol. Alcances sobre el marco Constitucional e internacional del Derecho Familiar Peruano . Fondo Editorial PUCP. Lima 2002.
12. FERNADEZ SESSAREGO, Carlos . El derecho a la identidad personal . Editorial Astrea. Buenos Aires . 1992
13. GUTIERREZ BOADA, John. Los Límites del Derecho a la Intimidad . En Curso de ascenso de la Academia de la Magistratura . Lima .2002
14. NOVOA MONTREAL , Eduardo. Derecho a la vida Privada y Libertad de Información . Un Conflicto de Derechos. Siglo XX Editores. México 1981
15. PECES BARBA –MARTINEZ. Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. En Curso a distancia para magistrados. Academia de la Magistratura . Lima 2005.

16. PERALTA ANDIA , Javier Rolando. Derecho de Familia en el Código Civil. IDEMSA . Lima. 2002.
17. PEREZ LUÑO , Antonio. Los derechos Fundamentales . En Curso a distancia para magistrados. Academia de la Magistratura . Lima 2005.
18. PLÁCIDO VILCACHAHUA , Alex. Manual de Derecho de Familia . Gaceta Jurídica . Lima 2001
19. PLÁCIDO VILCACHAHUA , Alex. Ensayo de Derecho de Familia . Rodhas . Lima 1997
20. PLÁCIDO VILCACHAHUA , Alex.. EL Petitem y la Causa Petendi en la reclamación de la paternidad matrimonial . En Dialogo con la jurisprudencia . Año 8n , N° 40. Gaceta Jurídica , Lima Enero 2002.
21. PLÁCIDO VILCACHAHUA , Alex. Filiación y Patria Potestad. Gaceta Jurídica . Lima 2003.
22. PLÁCIDO VILCACHAHUA , Alex. Creditur Virgini Pregnanti , volviendo al ancient droit. Ponencia en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón , Lima 2005.
23. REYNA ALFARO Luis Miguel. Delitos Contra la Familia . Gaceta Jurídica . Lima 2004
24. RUIZ DE SANTIAGO, Jaime . LA Protección Internacional de los Derechos Humanos en su Evolución Histórica. En Curso a distancia para magistrados. Academia de la Magistratura . Lima 2005.
25. VARSÍ ROSPIGLIOSI , Enrique. El Derecho Genético Geneático. Principios Generales . Normas Legales . Trujillo 1995.
26. VARSÍ ROSPIGLIOSI , Enrique LA Filiación no es cuestión de sexo ,, es cuestión de piel. En Diálogo con la jurisprudencia . Año 8n , N° 40. Gaceta Jurídica , Lima Enero 2002
27. VARSÍ ROSPIGLIOSI , Enrique. Divorcio , Filiación y Patria Potestad. Grijley. 2004
28. VASAK , Karel . Las Dimensiones internacionales de los Derechos Humanos . En Curso a distancia para magistrados. Academia de la Magistratura . Lima 2005.

ANEXOS



ANEXO N° 1

PLAN DE TESIS



UNIVERSIDAD CATOLICA SANTA MARIA

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRIA DE DERECHO PROCESAL CIVIL

Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

PLAN DE TESIS

MAESTRISTA: MARTIN VALDIVIA DUEÑAS.

2005

**EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL NIÑO A CONOCER A SU PADRE Y SU
TRATAMIENTO EN EL SEGUNDO Y TERCER JUZGADOS DE FAMILIA DE
LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA, EN LOS PROCESO DE
FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL 2000-2004.**



I. PREAMBULO

El derecho del niño y en general de una persona , de conocer a sus padres es un derecho humano , que al ser recogido en los instrumentos legales de diferentes países , ha sido positivizado , y por ello cuando hablamos del derecho a la filiación, de derecho de conocer los orígenes biológicos, nos referimos a un derecho fundamental .

La importancia del derecho a conocer a los padres , ha sido , reconocida no solo por la legislación nacional , sino por instrumentos internacionales como es el caso de la Convención de los Derechos del Niño, Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, La Convención Americana sobre los Derechos Humanos , La Declaración de Ginebra Sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos , el Pacto Internacional de los Derechos Económicos , Sociales y Culturales

En nuestro país este derecho fundamental , no tiene un trato adecuado a su importancia , y los códigos civiles , en algunos casos han prohibido la investigación de la paternidad como es el caso del Código de 1852 , en otros casos la han permitido en forma restringida como es el caso de los Códigos Civiles de 1936 y 1984

El Código Civil de 1984, admite la investigación de la paternidad sólo en determinados casos que se denominan presunciones , y las cuales (la que resulte pertinente) deben ser invocadas como fundamento de la demanda . Este determina que la actividad probatoria solo este dirigida a probar esa causal , no hay pues una amplitud probatoria que pueda determinar la probanza de la existencia del derecho fundamental de conocer al padre .

En un intento de favorecer el derecho de Filiación del Niño , con fecha 8 de enero del presenta año , se ha promulgado la Ley 28457 que modificando el inciso 6 del artículo 402 del CC, ha establecido una competencia y vía procedimental especiales para las pretensiones de reclamación de paternidad . Sin embargo , pese a la intención del legislador, no parece ser adecuada a la importancia del derecho materia de este trabajo

Las normas Nacionales así como los Instrumentos internacionales arriba nombrados, confirman la importancia de este tema de investigación en el que pretendemos averiguar, si la legislación nacional respeta el derecho fundamental de niño a conocer a su padre y si la actividad jurisdiccional, le da el tratamiento adecuado a su importancia y jerarquía y si protege en forma real y adecuada este derecho fundamental.



II. PLANTEAMIENTO TEORICO

4. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

4.1. ENUNCIADO .

CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN AL DERECHO DEL NIÑO A CONOCER A SU PADRE Y SU TRATAMIENTO EN EL 2º Y 3er JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA EN LOS PROCESOS SOBRE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL POR CAUSALES EN LOS AÑOS . 2000-2004 .

4.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

- Área del Conocimiento:** Ciencias Sociales
- Campo :** Jurídico
- Línea de Investigación:** Derecho de familia

4.3. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

- Por el Objetivo:** Aplicada
- Por el Enfoque:** Especializada
- Por la Perspectiva :** Coyuntural
- Por las Fuentes :** Documental

4.4. ANALISIS DE VARIABLES

d.- Variable independiente :

Legislación y tratamiento del derecho fundamental del niño de conocer a su padre

INDICADORES :

- **Legislación**
 - Protección a la Familia
 - Protección del matrimonio
 - Causales de filiación
 - Derecho fundamental
 - Derecho de conocer a los padres

- Filiación
- **Tratamiento**
 - Demanda
 - Calificación
 - Prueba ofrecida y actuada
 - Sentencia

e.- Variable independiente :

Consecuencias Jurídicas

INDICADORES :

- Certeza de la declaración sobre el derecho del niño a conocer a su padre.

4.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN ,

La justificación de este trabajo de investigación

f.- Desde el Punto de Vista Social .- La sociedad es la destinataria del Derecho , las Normas que se promulgan , tienen o deberían tener como fin único el de ayudar a la solución de los conflictos procurando amparar el derecho de los justiciables.

Desde ese punto de vista , esta investigación , permitirá a la sociedad y en especial a los niños que no han sido reconocido pro su padre , conocer si realmente las leyes existentes amparan su derecho, y también si los tribunales de justicia respetan este derecho en la tramitación y resolución de los procesos de filiación.

El hecho de que un niño sea víctima de una negativa de un reconocimiento , constituye de por si un atentado a su dignidad que mucha veces genera un drama por la discriminación y connotación social que conlleva esta negativa , lo que se agrava cuando en la tramitación de un proceso no se da un tratamiento acorde a la jerarquía del derecho que se reclama .

g.- Desde el Punto de Vista Profesional.- Profesionalmente entendemos que es nuestro deber analizar los dispositivos legales , en este caso referentes al amparo del derecho a conocer a los padres, para averiguar si realmente cumplen

una función protectora de ese derecho fundamental y en su caso proponer las alternativas convenientes para mejorarlos .

Consideramos necesario también , que en los casos de filiación , no se trata de resolver el proceso de cualquier forma , sino que debe realizarse de acuerdo a la jerarquía del derecho que se trata de cautelar . En esta labor tienen participación los justiciables , los abogados y el órgano jurisdiccional . Todos deben actuar de acuerdo a la jerarquía del derecho reclamado.

La ideas expuestas justifican nuestra investigación pues permitirán conocer la forma como se viene tratando este derecho.

4.6. INTERROGANTES

h.- ¿Que características presenta la legislación y el tratamiento del niño de conocer a su Padre en el 2º y 3er Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa?

i.- ¿Cuales son las consecuencias jurídicas de la aplicación de la legislación actual en el tratamiento del Derecho del niño de conocer a su Padre en el 2º y 3er Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa?

5. MARCO CONCEPTUAL.-

5.1. CONCEPTOS BÁSICOS.-

j.- Concepto de filiación.- Es la relación de parentesco que vincula a los padres con sus hijos . Se conoce también la relación paterno –filial . Desde el punto de vista del hijo , se denomina filiación , desde el punto de vista de los progenitores, se denomina paternidad o maternidad. ²⁷

k.- Concepto de Derechos Humanos .- Son las prerrogativas de contenido extramatrimonial , inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes , que corresponden a toda persona por su sola condición de tal, de los que no puede ser privado por el Estado , ni por los particulares. Su reconocimiento es supranacional. ²⁸

²⁷ Varsy Rospigliosi Enrique: Divorcio Filiación y Patria Potestad. Gaceta Jurídica. Lima2003. Pag 87.

²⁸ Perez Luño, Antonio: Los derechos Fundamentales, en curso a la distancia a Magistrados AMAG 2005 Lima Pg. 15

l.- Conceptos de Derechos Fundamentales.- Llamados también constitucionales . Son atributos inherentes a la persona humana reconocidos y positivizados en una Constitución. ²⁹

m.-Concepto del Derecho de Conocer a los padres.- Es un derecho subjetivo de por el que el niño tiene la prerrogativa de conocer a sus padres , a conocer su vínculo filial real , de tal manera que figure como hijo de quien realmente es su padre biológico. ³⁰

n.- Concepto del Principio de Protección a la Familia .- Es el principio por el cual se trata de conservar la conformación y el parentesco familiar en aplicación del derecho a la intimidad. ³¹

o.- Demanda.- Acto procesal en virtud del cual el actor ejercitando su derecho de acción , somete a consideración del órgano jurisdiccional su pretensión contra otra persona , dando nacimiento al proceso y con el objeto de que el juez emita pronunciamiento.³²

p.- Calificación de la demanda .- De los requisitos de la demanda, los supuestos procesales y las condiciones de la acción.³³

q.- Sentencia.- Resolución que emite el juzgador sobre el litigio sometido a su conocimiento, mediante al cual normalmente se pone fin al proceso. ³⁴

r.- Prueba.- Conjunto de medios previstos y permitidos por Ley , mediante los cuales las partes pueden acreditar sus derechos en el proceso. ³⁵

s.- Conceptos de Presunciones de filiación.- Son presupuesto o situaciones de hecho a las que la ley les da la connotación de verdad. ³⁶

t.- -De la presunción de Escrito Indubitado..- Es la presunción que se basa en la existencia de un escrito , que sin ser formalmente un reconocimiento , sin embargo permita verificar que el otorgante reconoce a una persona como su

²⁹ Perez Luño, Antonio: Ob.Cit. Pag. 17

³⁰ Placido Vilcachahua, Alex: Filiación y Patria Potestad. Gaceta Jurídica. Lima 2003 Pag 42.

³¹ Placido Vilcachahua, Alex: Ob. Cit. Pag. 57.

³² Ticona Postigo, Victor: Análisis y comentarios al Código Procesal Civil. Grijley 1996. Lima Pag. 236.

³³ Ticona Postigo, Victor: Ob. Cit. Pag 337.

³⁴ Ticona Postigo, Victor: Ob. Cit. Pag 240.

³⁵ Ticona Postigo, Victor: Ob. Cit. Pag 238.

³⁶ Cornejo Chavez, Hector: Derecho Familiar Peruano. Tomo 1. Gaceta Jurídica 1998 Lima Pag 130.

hijo . Tal documento , debe emanar de su puño y letra o estar formado por el padre.³⁷

u.- -De la presunción de Estado Constante de Hijo.- es el trato recíproco que se dan entre si quienes se consideran relacionados por el vínculo paterno- filial: padre-hijo. ³⁸

v.- De la presunción de Concubinato-.. Es la unión de hombre y mujer que sin estar casados hacen vida de tales y cumplen deberes semejantes a los del matrimonio , independientemente si tienen o no impedimento para formalizar la unión y que se haya desarrollado en la época de la concepción del hijo. ³⁹

w.- De la presunción de Seducción.- Es la acción engañosa , el ardid , la astucia que emplea el varón para lograr acceso carnal con la mujer , bajo promesa de matrimonio. ⁴⁰

x.- Concepto de la Prueba Biológica del ADN. Esta prueba biológica se basa en al descomposición o hibridización de la molécula del ADN para obtener la huella genética o biodigital conformada por la información genética de las células germinales de los progenitores al momento de la fecundación. ⁴¹

6. ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN . .-

No hemos encontrado antecedentes de investigación en este tema en la ciudad de Arequipa. A nivel Nacional e internacional encontramos trabajos de carácter doctrinario como es el caso de los doctores Alex Plácido , Enrique Varsi, Héctor Cornejo Chávez. Estos tratados han servido de gran ayuda para este trabajo, no solo por su contenido doctrinario , sino también por la mención de jurisprudencia .

³⁷ Cornejo Chavez, Hector: Ob. Cit. Pag. 137.

³⁸ Cornejo Chavez, Hector: Ob. Cit. Pag. 140.

³⁹ Cornejo Chavez, Hector: Ob. Cit. Pag. 146.

⁴⁰ Cornejo Chavez, Hector: Ob. Cit. Pag. 145.

⁴¹ Placido Vilcachahua, Alex: Ob. Cit. Pag. 285

7. OBJETIVOS

7.1. Establecer las características que presenta la legislación y el tratamiento del niño de conocer a su Padre en el 2do y 3er Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

7.2. Determinar las consecuencias jurídicas de la aplicación de la legislación actual en el tratamiento del Derecho del niño de conocer a su Padre en el 2do y 3er Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

8. HIPOTESIS.-

DADO QUE EL NIÑO COMO SER HUMANO TIENE DERECHOS FUNDAMENTALES QUE LA LEGISLACIÓN POSITIVA DEBE RESPETARLOS; ES PROBABLE QUE LA LEGISLACIÓN NACIONAL VIGENTE SOBRE EL DERECHO DEL NIÑO A CONOCER A SU PADRE, SE CARACTERIZE PRINCIPALMENTE POR NO RESPETAR ESTE DERECHO FUNDAMENTAL ; Y EL TRATAMIENTO QUE SE DA EN EL SEGUNDO Y TERCER JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA , NO LE DE UN TRATAMIENTO ACORDE A LA JERARQUÍA E IMPORTANCIA DE ESE DERECHO , TODO LO CUAL AFECTA AL DERECHO FUNDAMENTAL MENCIONADO.

III PLANTEAMIENTO OPERATIVO

1.- TECNICAS E INSTRUMENTOS

| VARIABLES | INDICADOR | SUB INDICADOR | TECNICA | INSTRUMENTO |
|--|---|---|-------------------------------|--|
| <p>A-INDEPENDIENTE</p> <p>La Legislación y el tratamiento del derecho fundamental del niño a conocer a su padre</p> | <p>LEGISLACIÓN</p> | Principios y doctrinas en la Constitución, Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes: | | |
| | | Doctrina de Prohibición de investigación de paternidad. | Análisis jurídico doctrinario | Ficha de análisis jurídico doctrinario |
| | | Doctrina permisiva de investigación de la paternidad con control de Causales. | Análisis jurídico doctrinario | Ficha de análisis jurídico doctrinario |
| | | Principio de Protección del Estado de Familia. | Análisis jurídico doctrinario | Ficha de análisis jurídico doctrinario |
| | | El Derecho Fundamental del Niño de conocer a su padre.. | Análisis jurídico doctrinario | Ficha de análisis jurídico doctrinario |
| | <p>TRATAMIENTO</p> | Expediente judicial | Análisis documental | Ficha de Registro de Expedientes |
| | | -Demanda | Análisis documental | Ficha de registro de demanda |
| | | -Calificación de demanda | Análisis documental | Ficha de Registro de actos procesales |
| | | -Prueba:Ofrecimiento, admisión y actuación | Análisis documental | Ficha de Registro de actos procesales. |
| | | | | |
| <p>B.- DEPENDIENTE</p> <p>- Consecuencias jurídicas del Derecho del niño a conocer a su padre</p> | <p>Certeza en la declaración de paternidad del niño</p> | <p>Sentencia</p> | <p>Análisis documental</p> | <p>Ficha de análisis de sentencia</p> |

2.- CAMPO DE VERIFICACION

2.1 Ubicación Espacial.- Arequipa

2.2 Ubicación Temporal.- La presente investigación abarca los expedientes sobre Filiación extramatrimonial tramitados entre los años 2000 a 2004.

2.2 Ubicación de Estudio.- Están constituidas por los expedientes tramitados el 2do y 3er Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa .

Entre los años precisados en la ubicación temporal

a.- Universo: 720 expedientes

b.- Muestra: 72 expedientes

36 – 2do Juzgado

36 – 3er Juzgado

3.- ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La información documental se hará en forma personal, en los textos señalados en la Bibliografía .

Los datos de los expedientes serán obtenidos en forma personal , tanto de los órganos jurisdiccionales ya mencionados como del archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Arequipa , previa coordinación .

4.- CRONOGRAMA DE TRABAJO

| ACTIVIDAD | Agosto | Setiembre | Octubre | Noviembre |
|---------------------------------------|--------|-----------|---------|-----------|
| ▪ Preparación del proyecto | xx | | | |
| ▪ Recolección de información | xx | xxxx | | |
| ▪ Análisis y sistematización de datos | | | xxx | |
| ▪ Conclusiones y Sugerencias | | | x | |
| ▪ Preparación de Informe | | | | xx |
| ▪ Presentación de Informe | | | | x |

5.- BIBLIOGRAFIA (ver al final del trabajo)

6.- ANEXOS

ANEXO N° 1

FICHA BIBLIOGRAFICA

NOMBRE DEL AUTOR.....
TITULO DE LA OBRA
EDITORIAL.....
CONTENIDO

ANEXO N° 2

FICHA DE REGISTRO DE EXPEDIENTES

JUZGADO DE ORIGEN.....
N° DE EXPEDIENTE
FECHA DE INICIO.....
FECHA DE CONCLUSIÓN
DEMANDANTE
DEMANDADO
CAUSAL INVOCADA.....
PRUEBA
SENTIDO DE LA RESOLUCIÓN
CAUSAL AMPARADA
OBSERVACIONES.....

ANEXO N° 3

FICHA DE ANALISIS DE SENTENCIA

Nro. de Expediente _____

Demandante _____

Demandado _____

Materia _____

Nro. de Sentencia _____

- Motivación _____

- Merituación de la Prueba _____

- Precisión de la Causal _____

- Sentido de la Sentencia _____

- Observaciones _____

ANEXO N° 4

FICHA DE ANALISIS DOCTRINARIO JURÍDICO

Nombre de Autor _____

Título de la Obra _____

Editorial _____

Concepto en Análisis _____

Contenido _____

Observaciones _____

ANEXO 2

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO



Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano 26 de agosto de 1789

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los Derechos del Hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobernantes, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, para que esta declaración esté presente constantemente en todos los miembros del cuerpo social y les recuerde sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y ejecutivo, al poder ser comparados en cualquier momento con la finalidad de toda institución política, sean más respetados; para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en adelante en principios simples e indiscutibles, contribuya siempre al mantenimiento de la Constitución y el bienestar de todos.

En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo los siguientes Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Artículo 1º - Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las diferencias sociales no pueden tener otro fundamento que la utilidad común.

Artículo 2º - El fin de toda asociación política es el mantenimiento de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 3º - El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún organismo ni individuo puede ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella.

Artículo 4º - La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a los demás. Así pues, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otra limitación que aquella que garantice el ejercicio de iguales derechos al resto de los miembros de la sociedad. Sólo la ley puede establecer estas limitaciones.

Artículo 5º - La ley sólo puede prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena.

Artículo 6° - La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar en su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. La ley debe ser igual para todos, tanto para proteger como para castigar. Puesto que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, cada cual puede aspirar a todas las dignidades, puestos y cargos públicos, según su capacidad y sin más distinción que la de sus virtudes y talentos.

Artículo 7° - Nadie puede ser acusado, detenido ni encarcelado fuera de los casos determinados por la ley y de acuerdo a las formas por ella prescritas. Serán castigados quienes soliciten, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias. Todo ciudadano convocado o requerido en virtud de la ley debe obedecer al instante; de no hacerlo, sería culpable de resistir a la ley.

Artículo 8° - La ley no debe establecer más penas que las estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado si no es en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.

Artículo 9° - Todo hombre será considerado inocente hasta que haya sido declarado culpable. Si se juzga indispensable detenerlo, la ley reprimirá severamente todo rigor que no resultare necesario para asegurar su arresto.

Artículo 10° - Nadie debe ser perseguido por sus opiniones, incluso religiosas, en la medida en que sus manifestaciones no alteren el orden público establecido por la ley.

Artículo 11° - La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre. Por consiguiente, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, haciéndose responsable de los abusos de esa libertad en los casos previstos por la ley.

Artículo 12° - Para garantizar los derechos del hombre y del ciudadano es necesaria la fuerza pública. Por consiguiente, se ha instituido esta fuerza en beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos a quienes se la confía.

Artículo 13° - Para mantener esta fuerza pública y para los gastos de administración, es indispensable establecer una contribución común que debe distribuirse equitativamente entre los ciudadanos, de acuerdo a sus posibilidades.

Artículo 14° - Los ciudadanos tienen derecho a verificar por sí mismos o a través de sus representantes la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, de controlar su empleo y determinar las cuotas, la base tributaria, la recaudación y la duración de dicha contribución.

Artículo 15° - La sociedad tiene derecho a exigir a todo agente público que le rinda cuentas de su administración.

Artículo 16° - La sociedad en donde no estén garantizados los derechos ni esté establecida la separación de los poderes, carece de Constitución.

Artículo 17° - La propiedad es un derecho inviolable y sagrado del que nadie puede ser privado, excepto si la necesidad pública, legalmente establecida, lo exige claramente y con la condición de una justa y previa indemnización.



ANEXO N° 3

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS





derechos humanos para todos

50 ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1948-1998

Declaración Universal de los Derechos Humanos

*Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217
A (iii) del 10 de diciembre de 1948*

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo texto completo figura en las páginas siguientes. Tras este acto histórico, la Asamblea pidió a todos los Países Miembros que publicaran el texto de la Declaración y dispusieran que fuera "distribuido, expuesto, leído y comentado en las escuelas y otros establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o de los territorios".

Preámbulo

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso;

La Asamblea General

proclama la presente

Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 5

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 6

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Artículo 14

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 15

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 19

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 20

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Artículo 22

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 23

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 24

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Artículo 25

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

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

Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Artículo 28

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Artículo 29

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 30

Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.



ANEXO N° 4

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO



DERECHOS DEL NIÑO

Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959

Artículo 1°.

El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración.

Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Artículo 2°.

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Artículo 3°.

El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

Artículo 4°.

El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Artículo 5°.

El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

Artículo 6°.

El niño, para el pleno desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el

mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Artículo 7°.

El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

Artículo 8°.

El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Artículo 9°.

El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Artículo 10°.

El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa, o de cualquiera otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

ANEXO Nº 5

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO



CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989

Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49

Preámbulo

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración

Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento",

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa

de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

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

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

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

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7

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

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Artículo 17

Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;

b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;

c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;

d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;

e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Artículo 22

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

Artículo 23

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

- a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
- b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
- c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
- d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
- e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
- f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 25

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

Artículo 26

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean

responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:
 - a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
 - b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
 - c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
 - d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
 - e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 30

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Artículo 31

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Artículo 32

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.
2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:
 - a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
 - b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
 - c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

Artículo 33

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

Artículo 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 38

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.
2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.
3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículo 39

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Artículo 41

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

a) El derecho de un Estado Parte; o

b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

PARTE II

Artículo 42

Los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños.

Artículo 43

1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan.
2. El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos. (enmienda)
3. Los miembros del Comité serán elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada Estado Parte podrá designar a una persona escogida entre sus propios nacionales.
4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la entrada en vigor de la presente Convención y ulteriormente cada dos años. Con cuatro meses, como mínimo, de antelación respecto de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará después una lista en la que figurarán por orden alfabético todos los candidatos propuestos, con indicación de los Estados Partes que los hayan designado, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.
5. Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas. En esa reunión, en la que la presencia de dos tercios de los Estados Partes constituirá quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.
6. Los miembros del Comité serán elegidos por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. El mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de efectuada la primera elección, el presidente de la reunión en que ésta se celebre elegirá por sorteo los nombres de esos cinco miembros.
7. Si un miembro del Comité fallece o dimite o declara que por cualquier otra causa no puede seguir desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado Parte que propuso a ese miembro designará entre sus propios nacionales a otro experto para ejercer el mandato hasta su término, a reserva de la aprobación del Comité.
8. El Comité adoptará su propio reglamento.
9. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.

10. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité. El Comité se reunirá normalmente todos los años. La duración de las reuniones del Comité será determinada y revisada, si procediera, por una reunión de los Estados Partes en la presente Convención, a reserva de la aprobación de la Asamblea General.

11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité establecido en virtud de la presente Convención.

12. Previa aprobación de la Asamblea General, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención recibirán emolumentos con cargo a los fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea pueda establecer.

Artículo 44

1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;

b) En lo sucesivo, cada cinco años.

2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.

3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.

4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.

5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.

6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

Artículo 45

Con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

- a) Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de sus actividades;
- b) El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones;
- c) El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño;
- d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes.

PARTE III**Artículo 46**

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.

Artículo 47

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 48

La presente Convención permanecerá abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 49

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 50

1. Todo Estado Parte podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que les notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos, de los Estados Partes se declara en favor de tal conferencia, el Secretario General convocará una conferencia con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados Partes, presentes y votantes en la conferencia, será sometida por el Secretario General a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su aprobación.
2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.
3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado.

Artículo 51

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.
2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.
3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación hecha a ese efecto y dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General.

Artículo 52

Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La

denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

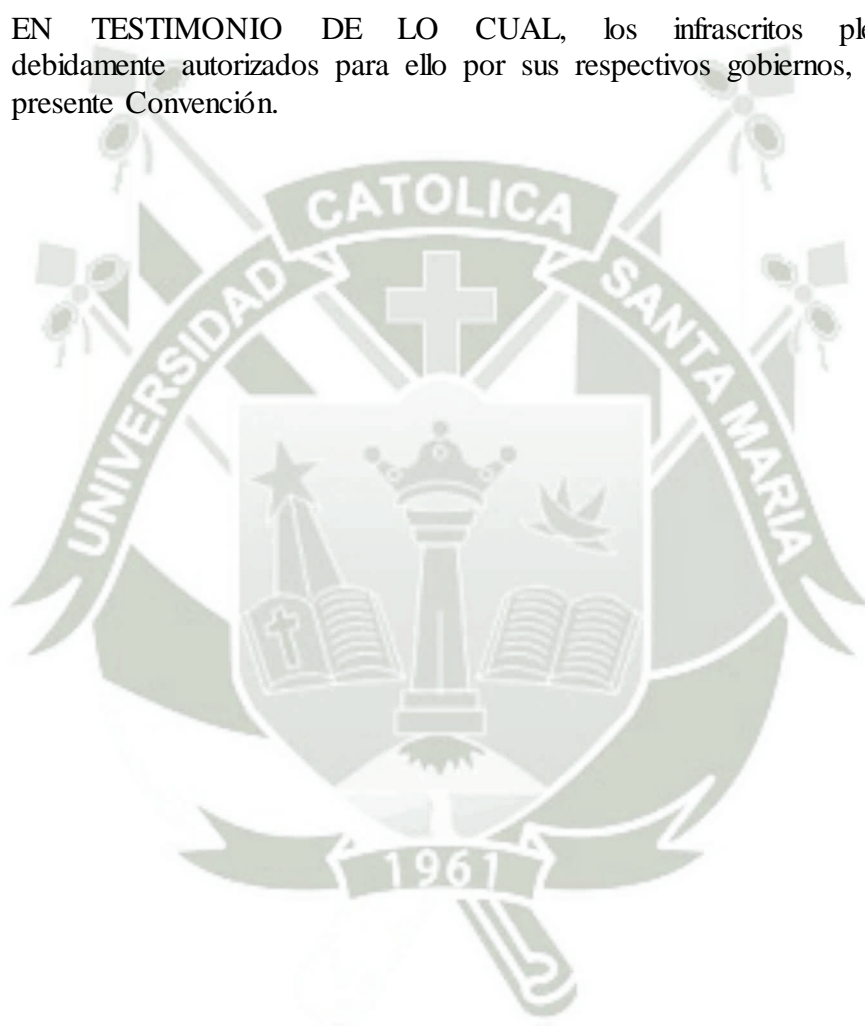
Artículo 53

Se designa depositario de la presente Convención al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 54

El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los infrascritos plenipotenciarios, debidamente autorizados para ello por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.



ANEXO N° 6

LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL-LEY 28475.



CONGRESO DE LA REPUBLICA
LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE
PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

LEY N° 28457

EL PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE
PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

Artículo 1.- Demanda y Juez competente

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

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

Artículo 2.- Oposición

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

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

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

Artículo 3.- Oposición fundada

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

Artículo 4.- Oposición infundada

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

Artículo 5.- Apelación

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

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

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

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

"Artículo 402.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

(...)

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

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

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

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

Modifícanse los artículos 53 y 57 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los términos siguientes:

"Artículo 53.- Competencia de los Juzgados de Familia

Los Juzgados de Familia conocen:

En materia civil:

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

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

(...)

Artículo 57.- Competencia de los Juzgados de Paz Letrados

Los Juzgados de Paz Letrados conocen:

En materia civil:

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

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

3. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria que establezca la Ley, diligencias preparatorias y legalización de libros contables y otros;

4. De las acciones relativas al Derecho Alimentario, con la cuantía y los requisitos señalados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

5. De las tercerías excluyentes de propiedad, derivadas de los procesos de su conocimiento. Si en éstas no se dispone el levantamiento del embargo, el Juez de Paz Letrado remite lo actuado al Juez Especializado que corresponda, para la continuación del trámite.

En los otros casos levanta el embargo, dando por terminada la tercería;

6. De los asuntos relativos a indemnizaciones derivadas de accidentes de tránsito, siempre que estén dentro de la cuantía que establece el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

7. De los procesos ejecutivos hasta la cuantía que señale el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

8. De las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402 inciso 6) del Código Civil;

9. De los demás que señala la ley."

TERCERA.- Disposición modificatoria y derogatoria

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

CUARTA.- Procesos en trámite

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

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los 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

