

**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**



**FACULTAD DE DERECHO**

***EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA VS. PRINCIPIO AL DEBIDO  
PROCESO EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL***

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**VANESSA PINELLA VEGA**

**Chiclayo, 15 de setiembre de 2014**

***EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA VS. PRINCIPIO AL DEBIDO  
PROCESO EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL***

Presentado por  
**VANESSA PINELLA VEGA**

**PRESENTADO A LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD SANTO  
TORIBIO DE MOGROVEJO PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ABOGADA**

**APROBADO POR:**

-----  
**Presidente:**  
**MGTR. ROMINA SANTILLÁN SANTA CRUZ**

-----  
**Secretaria:**  
**ABG. PERLA ARELLANO RODRÍGUEZ**

-----  
**Vocal:**  
**ABG. BETTY ANAYA DE PAUTA**

*Dedicatoria:  
A mi familia*

*Agradecimiento*

*A todos los profesores que contribuyeron con sus valiosos aportes, en especial a  
la Doctora Betty Anaya de Pauta*

## RESUMEN

En el presente trabajo de investigación titulado Si en un proceso de filiación extramatrimonial ¿Debe primar el interés superior del niño/niña o el principio del debido proceso? se analizó si, dentro de un proceso de filiación extramatrimonial, se debería de primar el interés superior del niño/niña o el principio del debido proceso. Con el presente tema de investigación, se pretendió contribuir a la defensa de derechos como lo son la verdad biológica y la identidad del menor, que podrían verse vulnerados o desprotegidos, con relación a los derechos del presunto padre dentro de un proceso de filiación extramatrimonial, al respecto se propugna la defensa del interés superior del niño/niña y después de haber realizado el estudio pertinente, de ésta problemática se tiene que sí se debería admitir como una excepción dentro de un proceso de filiación extramatrimonial, darle prioridad al interés superior del niño, ya que este es el más vulnerable. Esto lo podemos ver reflejado en la Jurisprudencia N°00550-2008-PA, la cual constituye uno de los casos más interesantes en materia del derecho a la identidad, ya que permite que se vuelva demandar por filiación de paternidad extramatrimonial cuando en un proceso anterior se había declarado infundada la demanda. De esta manera el derecho a la identidad se impone ante los derechos del padre.

**Palabras claves:** Filiación extramatrimonial, interés superior del niño, debido proceso, cosa juzgada y seguridad jurídica procesal

## ABSTRACT

In the present paper titled if extramarital filiation process Should prioritize the interests of the child / girl or the principle of due process? examined whether, within an extramarital filiation process, it should prioritize the interests of the child / girl or the principle of due process. With this research topic is intended to contribute to the defense of rights such as the biological truth and identity of the child, which may be infringed or unprotected, with respect to the rights of the putative father in extramarital filiation process, about defense advocates the interests of the boy / girl and after having completed the relevant study of this problem has to be yes it should be admitted as an exception to a process of illegitimate filiation, give priority to the interests of the child because this is the most vulnerable. We can see this reflected in the case law No. 00550-2008-PA, which is one of the most interesting cases regarding the right to identity, allowing it to become sue for affiliation extramarital paternity when a previous process had declared unfounded claim. Thus, the right to identity is imposed on the father's rights.

**Key words:** Affiliation extramarital interests of the child, due process, res judicata and procedural legal security

## ÍNDICE

### **CAPÍTULO I: Filiación extramatrimonial**

<b>1. Filiación extramatrimonial</b>	<b>14</b>
1.1. Generalidades	14
1.1.1. Alcances del principio de igualdad de filiaciones o de unidad de filiación	14
1.1.2. Estatus del hijo extramatrimonial	3
1.1.3. Determinación de la filiación extramatrimonial	4
a) La filiación materna	5
b) La filiación paterna	6
1.2. Determinación de la filiación extramatrimonial por reconocimiento	7
1.3. Declaración judicial de filiación extramatrimonial	15
1.3.1. Acción de reclamación de la filiación	16
1.3.2. Determinación de la identidad y la paternidad	19

### **CAPÍTULO II: Interés superior del niño vs seguridad jurídica procesal**

<b>2.1. Interés superior del niño/niña</b>	<b>24</b>
2.1.1. El interés superior del niño/niña como fuente de creación judicial	27
2.1.2. El interés superior del niño/niña en la jurisprudencia	29
2.1.3. El derecho del niño/niña a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos	34
2.1.4. Las debilidades y fortalezas del principio del Interés superior del niño/niña	36
2.1.5. Significado que puede atribuirse al calificativo “superior”	37
2.1.6. La defensa del interés superior del niño/niña	38
<b>2.2. Seguridad jurídica procesal</b>	<b>38</b>
2.2.1. La cosa juzgada	39
Derecho al debido proceso	43
2.2.2. Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	51

### **CAPÍTULO III: Análisis de la Jurisprudencia N° 00550-2008-PA**

<b>3.1. Derecho a la identidad, derecho a la verdad biológica y derecho a saber y llevar los apellidos de los progenitores</b>	<b>55</b>
3.1.1. Derecho a la identidad	55
3.1.2. El derecho a la verdad biológica	58
3.1.3. El derecho a saber y llevar los apellidos de los progenitores	60

	VII
<b>3.2. El test de proporcionalidad en la limitación de derechos</b>	62
3.3. Principio de necesidad	64
3.4. Análisis de la Jurisprudencia N°00550-2008-PA	66
<b>CONCLUSIONES</b>	72
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	74
<b>ANEXO JURISPRUDENCIAL</b>	81

## INTRODUCCIÓN

El presente estudio se ha realizado teniendo como punto de partida el problema que se presenta cuando el padre o la madre de un hijo extramatrimonial se resisten a reconocerlo porque se desconfía de la verdad o del vínculo o por mala fe. “Entonces lo que se quiere es que se pueda recurrir al Poder Judicial por medio de un proceso de filiación extramatrimonial en el cual se va a practicar la investigación pertinente, y se declare sin la voluntad o contra la voluntad de dicho padre o madre, la relación de filiación”<sup>1</sup>. Cuya finalidad es solucionar el problema de la paternidad negada, sobre los hijos extramatrimoniales. Si nos referimos al tema de filiación podremos establecer que en la realidad nacional se verá reflejado desde la llegada a nuestro país de la prueba de ADN ya que en el tiempo de la interposición del proceso materia de estudio no existía en el Perú la prueba del ADN. Como podemos apreciar en nuestro país a diferencia del derecho comparado estuvo en su momento retrasado lo que originó dificultad a la hora de evaluar una demanda de filiación extramatrimonial.

En relación a la protección del menor a nivel comparado e internacional, nuestra legislación tenía ciertas dificultades en cuanto determinar la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio de los padres, más precisamente respecto a la probanza de la relación de consanguinidad progenitor – hijo, constituyéndose este aspecto de difícil respuesta desde la perspectiva jurídica, hasta la aparición de la prueba de ADN en nuestro país<sup>2</sup>. En lo referente al Derecho comparado, la primera declaración que consagró los derechos de los niños fue la Declaración de

---

<sup>1</sup> MEDINA OBLITAS, Graciela. “*La filiación extramatrimonial*”, 2008, [ubicado el 19.VII.2012] Obtenido en <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Filiacinextramatrimonial>, p. 6

<sup>2</sup> IBID., p. 7

Ginebra sobre los Derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de Diciembre de 1924. “Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño”<sup>3</sup>. Más adelante, ante la necesidad de una más directa protección de los derechos de los niños en el mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño<sup>4</sup>. Dada la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados partes y ya no tan sólo con una Declaración, nace la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>5</sup>. Un ejemplo claro de darle la debida importancia a los derechos del niño es Chile, ya que en el último tiempo han realizado múltiples modificaciones a la legislación existente con la finalidad de adecuarla a los parámetros internacionales vigentes en la protección de los derechos del niño. En este contexto, evidentemente, debemos reconocer la existencia del principio del interés superior del niño/niña no sólo a partir de la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, sino con anterioridad, puesto que es connatural a la esencia de la naturaleza humana. Para la legislación comparada el sujeto de la Convención sobre los Derechos del Niño es precisamente el niño. “El objeto de la Convención es reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos, ya que ellos tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos y son beneficiarios de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable”<sup>6</sup>. El principio de interés superior del niño/niña como idea rectora en el área de los derechos del niño es una idea antigua en el orden internacional.

En Argentina, el principio del interés superior del niño/niña exige considerar como elementos componentes claves la dignidad del ser humano y las características propias de los niños o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño. También debe necesariamente tomarse en cuenta la

---

<sup>3</sup> SOLEDAD ITA, Alejandra. “Valorización a la negativa de no someterse a la prueba biológica”, 2011, [ubicado el 22.VI.2012] Obtenido en <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC081083.pdf>, p. 45

<sup>4</sup> IBID., p. 46

<sup>5</sup> Cfr. CAFFERATA IGNACIO, José. *La filiación natural*, 2<sup>a</sup> ed., Córdoba, Universidad, 1952, p. 99

<sup>6</sup> MEDINA OBLITAS, Graciela. “*La filiación extramatrimonial...*Op. Cit. p. 10

necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades<sup>7</sup>.

La justificación de la presente tesis radica en la ponderación de derechos que se efectúa en la jurisprudencia N°00550-2008-PA-TC, ya que por un lado está la excepción de cosa juzgada la cual es fundamental en la defensa del demandado del mismo modo el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, por otro lado tenemos el principio del interés superior del niño/niña así como también el derecho a conocer a sus padres, derecho reconocido por la Constitución Peruana. “Este principio significa que cualquier medida que se tome a nivel público o privado deberá contemplar el cuidado de que no incumpla ni se ponga en riesgo el cumplimiento de ningún derecho de niñas, niños y adolescentes”<sup>8</sup>. Podemos agregar que dicho principio es una garantía de la vigencia de los demás derechos, recordándole el juez o a la autoridad administrativa que están impedidos de dar soluciones que vulneren este principio, ya que su función es ceñirse estrictamente, no solo en cuanto a la forma sino también en cuanto el contenido, a los derechos del niño expresamente reconocidos.

Por otro lado, otra función del interés superior del niño/niña es la de servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. Es decir, permitirá llenar algunos vacíos o lagunas legales tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa<sup>9</sup>. Por lo que el interés superior del niño no solo restringe la discrecionalidad con la que actúan los juzgadores y autoridades, sino que además permite que cuando existan vacíos en la norma, los juzgadores o autoridades puedan llenar dichos vacíos aplicando el citado principio, por lo que se podría decir que cumple una función integradora.

La presente investigación es de marcada relevancia, puesto que en esta problemática convergen una serie de derechos constitucionales tales como el derecho de identidad y la verdad biológica, frente a los derechos del presunto

---

<sup>7</sup> Cfr. SOLEDAD ITA, Alejandra. “*Valorización a la negativa de no someterse a la prueba...* Op. Cit., p.57

<sup>8</sup> ZANNONI, Eduardo, *Derecho de familia*, 3<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Astrea, 1968, p. 107

<sup>9</sup> IBID., p. 109

padre dentro de un proceso de filiación extramatrimonial<sup>10</sup>. Con esta investigación se favorece al amparo de los derechos fundamentales antes mencionados<sup>11</sup>. Que si bien es cierto que nuestro Código Civil, pretende proteger a la familia y a la institución natural del matrimonio, también se debería de buscar un equilibrio a fin de ponderar de manera razonable y adecuada los derechos del presunto padre frente a la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial, en la cual deberá primar el interés superior del niño/niña, sin que ello signifique que se vulneren los derechos del presunto padre.

A nivel jurisdiccional, existe un precedente la Jurisprudencia N° 00550-2008-PA (el cual será analizado con mayor precisión en el capítulo correspondiente) en donde resolvieron de manera distinta a los fallos precedentes, ya que decidieron a favor del interés superior del niño/niña y en pro de su derecho a la identidad y la verdad biológica, pese a que ya existía una sentencia con calidad de cosa juzgada. De esta manera, cabe resaltar que la primacía del interés superior del niño/niña exige profundos cambios en nuestro ordenamiento. “Existe en nuestro país una cifra considerable de niños que no conocen a sus padres, y esto se puede ver reflejado en los procesos de filiación extramatrimonial, en el cual se reclama el derecho fundamental de conocer su propio origen biológico a través de la prueba de ADN”<sup>12</sup>. Muchos autores consideran que en un proceso de filiación extramatrimonial no se pueden vulnerar de un modo arbitrario los derechos del padre como el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y cosa juzgada por privilegiar al interés superior del niño/niña, pero a nuestro parecer al privilegiar al interés superior del niño/niña no se están vulnerando los derechos del padre dentro de un proceso, ya que todos los derechos se encuentran sometidos a límites tanto intrínsecos en tanto se opongan o se relacionen con otros derechos, pero esta limitación debe ser proporcional. Por tanto se está protegiendo el derecho a la identidad de los niños no reconocidos por sus padres y respetando el interés superior del niño /niña.

---

<sup>10</sup> BERNALDO DE QUIROS PEÑA, Manuel. *Necesidades de la Reforma del Código Civil Español en materia de filiación*, Buenos Aires, Universidad, 1980, p 33

<sup>11</sup> IBID., p. 34

<sup>12</sup> VALLEJOS MEDINA, Patricia del Carmen. *El derecho del hijo de mujer casada a la determinación de su filiación biológica*, Tesis para optar el grado de Magister, Lambayeque, U.N.P.R.G., 2007, p. 99

Habiendo argumentado lo anterior y analizando la realidad problemática que nos interesa formulamos el siguiente problema: Si en un proceso de filiación extramatrimonial ¿Deberían primar el interés superior del niño/niña o el principio del debido proceso? La hipótesis de la presente tesis es que en un proceso de filiación extramatrimonial donde exista una controversia entre el interés superior del niño/niña y respetar las reglas del principio del debido proceso, debe primar el interés superior del niño/niña como un derecho fundamental de gran importancia por la condición del menor, sin que esto llegue a considerarse una vulneración al principio del debido proceso. El objetivo general de esta investigación es evaluar si en un proceso de filiación extramatrimonial, debe primar el interés superior del niño/niña o el principio del debido proceso. Los objetivos específicos son: i. Definir filiación extramatrimonial y reconocimiento del hijo extramatrimonial por medio del ADN, ii. Analizar el principio del interés superior del menor y los derechos que le otorga su protección, iii. Explicar los principios del debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y la excepción de cosa juzgada, iv. Evaluar la Jurisprudencia N°00550-2008-PA-TC e indicar nuestra postura.

Para realizar el presente estudio se establecerá una relación metodológica ubicada en el método cualitativo, por medio del cual estableceremos las relaciones teórico – doctrinarias del objeto de investigación, este método permite ver los aspectos que van surgiendo desde el proceso de investigación. La investigación cualitativa es un método de investigación usado principalmente en las ciencias sociales que se basa en los cortes metodológicos. Esta investigación requiere un profundo entendimiento del comportamiento humano y las razones que lo gobiernan, en otras palabras, investigar el por qué y él como se tomó una decisión. Además, efectuaremos el análisis detallado de cada uno de los argumentos que sustentan nuestra postura. La presente investigación se encuentra estructurada en tres capítulos, el primer apartado está referido a los aspectos generales de la filiación extramatrimonial, porque será de mucha utilidad a lo largo del desarrollo de nuestra tesis, ya que es dentro de un proceso de filiación extramatrimonial donde el Juez debe de decidir si favorecerá el interés superior del niño/niña o los derechos del presunto padre, el segundo capítulo trata sobre el interés superior del niño/niña versus la seguridad procesal, la tutela jurisdiccional efectiva y la cosa juzgada, y por último en el tercer capítulo se

analizará la Jurisprudencia N° 00550-2008-PA, y de esta manera se podrá establecer si se debe dar prioridad a los derechos del padre o a los derechos del niño/niña dentro de un proceso de filiación extramatrimonial.

Esta investigación tiene una gran relevancia en los procesos de filiación extramatrimonial, ya que permite volver a demandar por filiación extramatrimonial, a pesar de que ya exista una sentencia anterior con calidad de cosa juzgada, de esta manera es que se puede ver reflejado el aporte de esta investigación.

***La autora.***

## **CAPÍTULO 1**

### **FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

En el presente capítulo expondremos la institución de la filiación extramatrimonial desde el punto de vista de los medios de prueba, dicho proceso obtuvo un gran avance desde la inclusión en nuestro sistema procesal de la prueba de ADN como un medio probatorio para efectuar el reconocimiento del menor. La filiación es, un hecho biológico que puede acreditarse por medio de la prueba de ADN y particularmente a través del reconocimiento expreso y la sentencia declaratoria de paternidad -la sentencia que declara la paternidad extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento-. Todo ello para situarnos en el tema y poder desarrollar el trabajo en base de conceptos previos.

#### **1. Filiación extramatrimonial**

##### **1.1. Generalidades**

###### **1.1.1. Alcances del principio de igualdad de filiaciones o de unidad de filiación**

El principio de igualdad de categorías de filiación o principio de igualdad jurídica de efectos de la filiación matrimonial y no matrimonial, significa que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres. “En tal virtud, los prejuicios que sustentaban la desigualdad de trato entre los hijos en la legislación anterior

desaparecieron”<sup>13</sup>. Ahora los hijos matrimoniales y extramatrimoniales se encuentran en un mismo trato paritario ante la ley<sup>14</sup>.

El principio de igualdad de categorías de filiación interesa fundamentalmente al idéntico tratamiento que hace la ley al contenido y a los efectos de las relaciones jurídicas que tienen su origen en la procreación humana<sup>15</sup>. Este es el verdadero alcance del principio<sup>16</sup>.

La ley reconoce la existencia de una filiación matrimonial y una extramatrimonial, pero no lo hace para discriminar una de la otra, sino para distinguir el supuesto de hecho que exige aludir a una u otra, por la diferente solución legal que existe para cada una, en razón de supuestos de hecho, también distintos. “La inexistencia de discriminación de la filiación matrimonial y no matrimonial, en cuanto a la ausencia de diferencias de efectos, tiene su corolario en la imposibilidad jurídica de que coexistan filiaciones incompatibles entre sí”<sup>17</sup>. Es decir, que en el supuesto de que una filiación determinada se enfrenta ante otra filiación –matrimonial o no matrimonial- diversa de la que se intente reconocer o que es objeto de una pretensión accionable de filiación que se quiera imponer, se ha de deducir, con carácter previo o simultáneo a ese reconocimiento, o bien a esa pretensión accionable, la de desconocimiento de la filiación ya establecida.

En cuanto a la admisión de pruebas destinadas a acreditar el vínculo biológico, el principio de igualdad de filiaciones exige la admisibilidad de todo medio probatorio en los procesos en que se reclame o impugne la filiación matrimonial y no

---

<sup>13</sup> PLACIDO, Alex. “*El petitum y la causa petendi en la reclamación de paternidad extramatrimonial*”, *Gaceta Jurídica*, N°40, enero 2002, p. 34.

<sup>14</sup> IBÍD.p. 35.

<sup>15</sup> Cfr. AYVAR CHIU, Karina. “*El proceso de filiación extramatrimonial y las medidas autosatisfactivas*”, *Actualidad Jurídica*, N° 194, marzo 2010, p. 76.

<sup>16</sup> Sin embargo, en ello no se agota su consideración la que ha producido, en los sistemas jurídicos contemporáneos, notables consecuencias legales. El principio de igualdad de filiaciones determina suprimir de las legislaciones la discriminación que se establecía en cuanto a las especies de filiaciones, así como a su calificación legal y que separaba expresamente la filiación denominada de legítima y de aquella que recibía la denominación de ilegítima. La prohibición de mencionar el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación –esto es si la persona ha sido o no concebida durante el matrimonio- en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad, son una consecuencia natural derivada del principio de igualdad de filiaciones. Véase en BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Familia II*, 9ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1993, p. 76.

<sup>17</sup> IBID, p. 77.

matrimonial, entre ellas la prueba biológica, genética u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Entonces la paridad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales es el sustento de otorgarles los mismos derechos a ambos, así como también igual de trato ante sus progenitores. De esta manera, la nueva legislación ha resuelto un problema muy antiguo, que es el determinar qué derechos les corresponden a quienes no han nacido en una familia legítimamente constituida –hijos extramatrimoniales-, determinando que su origen no debe dar lugar a una disminución en sus derechos. Se dice entonces que la ley no ha hecho distinciones entre hijos, sino entre filiaciones.

### **1.1.2 Estatus del hijo extramatrimonial**

La filiación es la más importante relación de parentesco y que partiendo de una realidad biológica, la cual es la procreación, surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tiene como tema central la problemática legal de los padres e hijos. Por ello diremos que la filiación está determinada por la paternidad y la maternidad de manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación, construyendo ésta el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno filial. “Se supone que el embarazo de una mujer casada es obra de su marido”<sup>18</sup>. Que el hijo tenido por aquella, lo es de éste, que toda persona a quien un hombre casado presenta como hijo suyo y nacido durante un matrimonio es hijo de la mujer legítima de tal padre<sup>19</sup>. Esta vinculación lógica y automática que se suscita entre el hijo y el padre, su madre y sus parientes de ambas líneas, y que otorga certidumbre y fijeza al estatus de uno a otro, no se da cuando por no haber vinculación matrimonial entre los progenitores, no están estos atados al deber de fidelidad.

---

<sup>18</sup> El término filiación nos conduce al lazo existente entre padres e hijos. La filiación alude al hijo, y si a él sumamos la figura del padre, entonces estamos ante la relación paterno filial, o si se trata de la madre, materno filial. Es común definir la filiación matrimonial refiriéndola al hijo tenido en las relaciones matrimoniales de sus padres. Véase en BAUTISTA TOMÁ, Pedro y HERRERO PENS, Jorge. *Manual de derecho de familia*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2006. p. 107.

<sup>19</sup> IBID, p. 108.

En tales circunstancias, el hijo podrá por lo general señalar ciertamente a su madre, pero será mucho menos fácil que ubique ciertamente a su padre; y consecuentemente, su vinculación con otros familiares, sobre todo de la línea paterna será incierta e imprecisa<sup>20</sup>. El nacimiento de un hijo constituye, por lo general, dentro de un hogar matrimonial un acontecimiento, que no se oculta, sino que más bien se exhibe y se publica; es esperado, por los padres y sus parientes, como un evento venturoso, incluso desde antes de ocurrir, a los progenitores y a los familiares de ambos como ciertamente vinculados al nuevo ser<sup>21</sup>. Lo contrario suele ocurrir tratándose de la filiación extramatrimonial salvo en la que tiene su origen en el concubinato público, caso en el cual no rige de derecho, la obligación de fidelidad, y en el que no siempre el advenimiento del hijo se espera y se recibe como un evento venturoso<sup>22</sup>. Pero es preciso señalar con bastante incertidumbre a los padres y a los parientes de estos, la filiación extramatrimonial suele constituirse en un ambiente de clandestinidad, de disimulo, de vergüenza, y a veces impide y dificulta la cierta determinación de los progenitores, señaladamente la del padre<sup>23</sup>.

Existe una diferencia evidente de estatus entre el hijo reconocido con la del hijo que no es reconocido por sus padres. "El diferente estatus, puede y debe admitir grados o matices, así no debe ser la situación del hijo reconocido, que la del negado o no reconocido..."<sup>24</sup>. La situación del nacido en relaciones concubinarias, que las correspondientes al nacido en las relaciones circunstanciales, la de quien reclama derechos frente a la madre cierta, que la de quien los exige del padre dudoso.

De esta manera, podemos afirmar que el nacimiento de un hijo en el seno de un hogar constituido, crea en el menor una seguridad con respecto a sus progenitores; eso es diferente en el nacimiento de un hijo extramatrimonial, ya

---

<sup>20</sup> Cfr. BELLUSCIO, Claudio. *Prestación alimentaria. Régimen jurídico*, Buenos Aires, Universidad, 2006, p. 99.

<sup>21</sup> Cfr. BELLUSCIO, Claudio. *Prestación alimentaria. Régimen jurídico...*, Op. Cit. p. 100.

<sup>22</sup> Cfr. BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil...*, Op. Cit., p. 78.

<sup>23</sup> Cfr. LASARTE Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI*, 7ª ed., Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 274.

<sup>24</sup> SCHREIBER PEZET, Max Arias. *Exegesis del Código Civil Peruano. Derecho de Familia*, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, p. 32.

que es un acontecimiento el cual genera un grado de inseguridad por la clandestinidad de la situación en la que fue concebido.

### **1.1.3. Determinación de la filiación extramatrimonial**

Tratándose del hijo matrimonial, el emplazamiento de estado surge del hecho del matrimonio de los padres y de las presunciones, en los hijos extramatrimoniales no existen tales factores<sup>25</sup>. En efecto, las relaciones sexuales en la época en que se presume la concepción, el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y el parto y la posesión notoria del estado de hijo, son causas legales que fundan la presunción sustancial de paternidad extramatrimonial. Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal entre la madre y el presunto padre, apreciado entre las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad. “Cuando se trata de los hijos concebidos fuera del matrimonio y a falta de un emplazamiento, sea de reconocimiento o declaración judicial”<sup>26</sup>. La filiación materna puede ser acreditada con independencia de la paterna, sin que por establecer la una se establezca la existencia de la otra. “En efecto hay dos maneras de conseguir el emplazamiento, el reconocimiento voluntario y la investigación judicial de la paternidad o de la maternidad”<sup>27</sup>. El instrumento en que consta aquel reconocimiento o la sentencia favorable que ponga fin a esta investigación constituyen los medios de prueba de la filiación extramatrimonial.

#### **a) La filiación materna**

La maternidad es siempre indubitable y su prueba es sencilla, directa y demuestra un hecho simple y común. “El sólo ver en estado gestante a una mujer, el hijo que

---

<sup>25</sup> Cfr. BELLUSCIO, Claudio. *Prestación alimentaria...* Op. Cit, p. 101.

<sup>26</sup> El reconocimiento es el acto jurídico unilateral, voluntario ya que nadie puede ser obligado a expresar su voluntad de declararse padre o madre de alguien, que expresa una declaración formal de paternidad o maternidad, la cual es realizada por el padre o la madre sobre el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio. Es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de la otra. BOSSERT, Gustavo. *Régimen jurídico de los alimentos: Cónyuge, hijos menores y parientes. Aspectos sustanciales y procesales*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004, p. 55.

<sup>27</sup> IBID, p. 56.

luego veríamos llevar en sus brazos entendíamos que era de ella”<sup>28</sup>. El sustento es que tanto la gestación como el nacimiento son hechos biológicos que pueden ser probados de manera más segura a través del parto, no como la concepción<sup>29</sup>. Así como, los supuestos de simulación de embarazo o de parto, inscripción registral indebida, maternidad disputada, transcurso del tiempo que posibilite el examen de parto, etc. Son casos en los cuales sólo podrá determinarse la maternidad con ayuda de las pruebas biológicas. En términos generales, la maternidad extramatrimonial queda determinada por la prueba del parto y la identidad del nacido con la madre.

### **b) La filiación paterna**

La filiación paterna está referida al acto sexual, en el momento de la fecundación. “Se presenta el *patersemperincertus*, que tiene como base originaria el carácter inextricable de las relaciones sexuales y el momento de la fecundación”<sup>30</sup>. Así, el fenómeno de la generación está, en cuanto al padre, rodeado de un misterio casi impenetrable y pocas veces propicio a la justificación mediante prueba directa<sup>31</sup>. Razón por la cual es preferible establecer situaciones objetivas, solemnes y comprobables fácilmente que, por otra parte, sirvan de base para instaurar una presunción, allí donde no es posible instaurar una demostración.

En base a ello desde la normativa romana se establecieron ciertas presunciones – *praesumptiobominis*- para determinar la paternidad -*demostración etérea*-, las que han perdurado hasta nuestros días sumiéndonos en un sistema cerrado y social de paternidad<sup>32</sup>. Las presunciones tendrán un lugar importante en la declaración del vínculo paterno filial. “Conforme avanza la ciencia biomédica en las investigaciones para determinar biológicamente la paternidad -demostración plena- y en tanto sean debidamente aceptadas por nuestro derecho como pruebas positivas”<sup>33</sup>. El carácter de relevancia que tienen en nuestro medio las

<sup>28</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho familiar Peruano. Sociedad paterno – filial*, 4ª ed., Lima, Editores, 1982, p. 98.

<sup>29</sup> IBID, p. 99.

<sup>30</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho familiar Peruano, Sociedad conyugal, sociedad paterno filial y amparo familiar de incapaz*, Tomo II, 10ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 122.

<sup>31</sup> Cfr. VARSÍ ROSPLIGLIOSI, Enrique. “La filiación ¡No es cuestión de sexo, es cuestión de piel!”, *Gaceta Jurídica*, Nº 40, enero 2002, p. 19.

<sup>32</sup> Cfr. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho familiar...*, Op. Cit, p. 100.

<sup>33</sup> CORRAL TALCAINI, Hernán. *Derecho y derechos de la familia*, Lima, Grijley, 2005, p. 44.

presunciones de paternidad han relegado el desarrollo científico y la admisibilidad judicial de las pruebas heredo biológicas.

Tender a la verdad biológica sin dejar de lado la verdad social es ponernos al día legislativamente refrescando los conceptos que tradicionalmente han primado en el derecho de familia<sup>34</sup>. Admitir simplemente las pruebas biológicas no es solución exacta. Brindarle una adecuada regulación jurídica es lo conveniente, reafirmando el principio natural que la filiación tiene su causa iuris en la concepción<sup>35</sup>. De esta manera, tratándose del hijo extramatrimonial, la paternidad solo puede ser establecida por el reconocimiento expreso del padre, o por sentencia judicial que declare que existe el vínculo filial.

Entonces, la determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria y judicial. Es legal, cuando la propia ley, en base a supuestos de hecho la establece. Es voluntaria, cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento expreso del hijo. Y, es judicial la determinación que resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida. En la filiación extramatrimonial se establecen dos presupuestos, una es la maternidad y otra la paternidad. Es en estos dos supuestos en que actúa la ley, por una parte la filiación materna es fácilmente de establecer ya sea por la gestación o el nacimiento que constituyen dos hechos biológicos visibles, la maternidad se manifiesta por hechos visibles, objetivos, tangibles y por todo medio susceptible de prueba, es por ello que la declaración de la maternidad no exige mayores problemas. El otro supuesto es la filiación de paternidad, en la que si existen demasiadas cuestiones que aclarar. De esta manera se determinan las dos clases de filiaciones extramatrimoniales.

## **1.2. Determinación de la filiación extramatrimonial por reconocimiento**

El reconocimiento es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de otra. El reconocimiento es el acto jurídico unilateral, voluntario, que expresa una declaración formal de paternidad o maternidad, la cual es realizada por el padre o la madre sobre el hijo

---

<sup>34</sup> Cfr. BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil...*, Op. Cit, p. 81.

<sup>35</sup> Cfr. PLACIDO, Alex. "*El petitum y la causa petendi...*", Op. Cit, p. 35.

concebido y nacido fuera del matrimonio<sup>36</sup>. La ley admite el reconocimiento del padre o madre extramatrimonial con la finalidad de facilitar y simplificar la determinación de la filiación del hijo y de dar facilidad al cumplimiento de un indiscutible deber ético. Abstenerse del reconocimiento implica contradecir esos fines y obrar contra la moral y las buenas costumbres. “El reconocimiento es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de la otra”<sup>37</sup>. De lo anteriormente dicho, podemos establecer, que el reconocimiento expreso es el modo de determinar la filiación extramatrimonial.

Se trata de un acto jurídico unilateral, de forma prescrita y de carácter irrevocable, por el que se admite la paternidad o la maternidad extramatrimonial. “El reconocimiento importa una manifestación de voluntad unilateral por la que se admite expresamente la paternidad o la maternidad”<sup>38</sup>. Según sea el varón o la mujer, respectivamente, quien los verifique; no requiriéndose la aceptación del reconocimiento.

El reconocimiento de los hijos extramatrimoniales es un acto jurídico facultativo<sup>39</sup>. Esto quiere decir, que nadie puede ser obligado a manifestar su voluntad de ser declarado padre o madre de un determinado hijo. De esta manera, se puede establecer que el reconocimiento expreso, es el modo de determinar la filiación extramatrimonial. Se trata de un acto jurídico que emplaza en el estado paterno o materno- filial fuera del matrimonio.

La naturaleza jurídica del reconocimiento, se rige por la doctrina tradicional. La cual, veía en el reconocimiento un medio de prueba de la filiación fuera del matrimonio, una confesión del carácter de padre o madre extramatrimonial<sup>40</sup>. El error de esta teoría es evidente, ya que la confesión solo surte efectos en un

---

<sup>36</sup> Cfr. MENDEZ COSTA, María Josefa y HUGO D' ANTONIO, Daniel. *Derecho de familia*, Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal-CulzoniEditoriales, 2001, p. 159.

<sup>37</sup> IBID, p. 160.

<sup>38</sup> VARSÍ ROSPLIGLIOSI, Enrique. “*La filiación ¿No es cuestión de sexo...*”, Op. Cit, p. 22.

<sup>39</sup> Sin embargo, este carácter no impide que el hijo pueda obtener su reconocimiento por otros medios legales como serían los casos en los que se permite la investigación de la paternidad o de la maternidad a través de la declaración judicial de filiación extramatrimonial, que la doctrina antigua denomina como reconocimiento forzoso. Véase en SANTAMARÍA MECQ, Luis Carlos. *Jurisprudencia Civil*, Trujillo, Normas Legales, 2002, p. 33.

<sup>40</sup> Cfr. MENDEZ COSTA, María Josefa y HUGO D' ANTONIO, Daniel. *Derecho de familia...*, Op. Cit, p. 160.

proceso judicial. “De manera que si se la aplica estrictamente sería necesario hacer valer al reconocimiento como confesión en un proceso para obtener la declaración judicial de filiación”<sup>41</sup>. Lo cual no es así, ya que el acto de reconocimiento basta por sí mismo para establecer la relación de filiación extramatrimonial. El reconocimiento tendría un doble carácter, el de confesión y el de reconocimiento - admisión<sup>42</sup>. Además como medio de prueba de la filiación, sería un acto de voluntad por el cual el padre admite que el hijo tiene el carácter de tal. Como consecuencia, sería irrevocable en cuanto a la confesión, produciría efecto erga omnes y estaría sujeto a nulidad como acto de voluntad.

El reconocimiento es un acto del poder familiar, puesto que la ley atribuye a la voluntad del progenitor el poder de crear el estado legal de filiación<sup>43</sup>. Se ha objetado que en realidad, este llamado acto de poder no es otra cosa que un acto jurídico.

El reconocimiento jurídico es un acto jurídico que no es un negocio jurídico<sup>44</sup>. Sería tal por falta de voluntad negocial encaminada a crear derechos y obligaciones, ya que simplemente constituiría una afirmación de paternidad cuyos efectos se, producen ex lege, quiéralos o no el autor de la declaración.

El reconocimiento es un acto declarativo, por ser una manifestación que se apoya en una verdad biológica, a la cual la ley considera suficiente para aceptar la existencia de la filiación mientras no se la impugna judicialmente<sup>45</sup>. El título está dado solo por las partidas del Registro Civil y el reconocimiento puede hacerse por otro instrumento público o privado.

El reconocimiento es un acto jurídico. Sea o no exacta su consideración como tal en otros ordenamientos positivos, lo cierto es que en nuestro sistema jurídico se ajusta al concepto de acto jurídico. “Es, en efecto un acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato establecer una relación jurídica, la relación paterno-filial”<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> KEMELMAJER, Aida. *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2000, p. 90.

<sup>42</sup> Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco y LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil IV Familia*, 4ª ed., Argentina, Dykinson, 2010, p. 132.

<sup>43</sup> Cfr. MENDEZ COSTA, María Josefa y HUGO D' ANTONIO, Daniel. *Derecho de familia...*, Op. Cit, p. 162.

<sup>44</sup> Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil IV Familia...*, Op. Cit, p. 137.

<sup>45</sup> Cfr. PLACIDO, Alex. *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 88.

<sup>46</sup> PLÁCIDO, Alex. *El petitum y la causa...*, Op. Cit, p. 136.

Es declarativo y no constitutivo del estado de familia. Ya que, la sola realidad biológica no implica la existencia del vínculo jurídico si no está integrada por el reconocimiento o por la declaración judicial de la filiación e inversamente, el reconocimiento produce efectos aun cuando no concuerde con la realidad biológica<sup>47</sup>. Tampoco excluye el carácter de acto jurídico la circunstancia de que los derechos y obligaciones derivados de la filiación estén determinados por la ley y no pueden ser regulados por la voluntad de las partes, pues lo mismo ocurre con los demás actos jurídicos familiares de emplazamiento en el estado de familia, como el matrimonio.

El reconocimiento puede resultar de varias formas.- i) Declaración ante el oficial del Registro del Estado Civil, esta es la forma más frecuente del reconocimiento efectuada por los progenitores conjunta o separadamente, al inscribirse el nacimiento o con posterioridad; ii) Instrumento público, cualquier instrumento público es adecuado para el reconocimiento: escritura pública, acta notarial, acta judicial; iii) Instrumento privado, aquí se puede mencionar a las partidas parroquiales de bautizo posteriores a la creación de los Registros Públicos que constituyen reconocimientos en instrumentos privados si están firmadas por uno o ambos padres<sup>48</sup>; iv) Disposición de última voluntad, es aquí donde mencionamos al testamento como una forma de reconocimiento, el reconocimiento testamentario de la filiación extramatrimonial queda consumado con el otorgamiento de la disposición de última voluntad<sup>49</sup>.

Para que el reconocimiento produzca efectos no es necesario que medie notificación ni, menos aún, aceptación de la persona reconocida<sup>50</sup>. El carácter unilateral del acto no priva al sujeto pasivo del reconocimiento de la facultad de impugnarlo<sup>51</sup>. Debe tenerse presente que las declaraciones unilaterales por las que se admiten la paternidad y la maternidad se pueden producir en un solo acto -reconocimiento conjunto-, en un acto aislado o independiente -reconocimiento

---

<sup>47</sup> Cfr. GUTIERREZ CAMACHO, Walter. "Filiación extramatrimonial", *Gaceta Jurídica*, N° 192, noviembre 2009, p. 76.

<sup>48</sup> Cfr. RODRIGUEZ ÁVALOS, Yovar. "Modernos lineamientos de la filiación biológica y la Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial", N° 169, diciembre 2007, p. 42.

<sup>49</sup> IBID, p. 43.

<sup>50</sup> Cfr. PLACIDO, Alex. *Manual de derecho de familia*, 2ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 117.

<sup>51</sup> IBID, p. 118.

separado por uno solo de ellos- o en actos sucesivos -reconocimiento por uno de ellos y posterior reconocimiento por parte del otro-. La manifestación de voluntad debe ser seguida a reconocer la paternidad o maternidad, según el caso. “Se trata entonces, de una declaración de voluntad unilateral expresa y directa”<sup>52</sup>. Sin embargo también se admite el reconocimiento expreso e indirecto o incidental, cuando el mismo fluye inequívocamente de un documento que lo contiene, pero que está referido a otro acto jurídico.

El reconocimiento también es irrevocable, es decir que no puede ser dejado sin efecto por una declaración de voluntad posterior y contraria. La revocabilidad del reconocimiento es consecuencia de la inalienabilidad del estado de familia que constituye o del cual es su presupuesto; quién lo practica no puede luego, por su voluntad, dejarlo sin efecto, sin perjuicio de las acciones de impugnación y de invalidez. “El reconocimiento es un acto irrevocable, cualquiera que sea la forma autorizada por ley en que se hizo”<sup>53</sup>. Así ocurre tratándose del reconocimiento contenido en un testamento, el cual por ausencia es irrevocable.

Por regla general, la formulación del reconocimiento es un acto de carácter personal, porque nadie más que el padre o la madre pueden afirmar la existencia de un lazo de filiación con el hijo que se reconoce<sup>54</sup>. Sin embargo, por excepción el reconocimiento puede hacerse mediante apoderado con poder especial, en cuyo caso, éste sólo será un portavoz de la voluntad exclusiva del padre o de la madre que confiere facultades del padre o de la madre para este acto. Además, puede ser reconocido por los abuelos o abuelas en la línea respectiva en el caso del padre o de la madre.

El reconocimiento es personalísimo, ya que debe ser realizado por su autor, pero apoyado en la íntima convicción sobre la paternidad asumida, que sólo puede surgir en el ánimo de quien efectúa el reconocimiento y a la cual no pueden reemplazar los terceros, aunque se trate de representantes legales<sup>55</sup>. En el fondo se está aludiendo, de otra manera, a una misma exigencia, que es la voluntad libre y concreta del autor, que no puede ser suplida por el otro progenitor, ni por

---

<sup>52</sup> PLACIDO, Alex. *Filiación y patria potestad en la...*, Op. Cit, p. 90.

<sup>53</sup> GUTIERREZ CAMACHO, Walter. “*Filiación extramatrimonial*”..., Op. Cit, p. 79.

<sup>54</sup> Cfr. PLACIDO, Alex. *Manual de derecho...*, Op. Cit, p. 118.

<sup>55</sup> Cfr. MAGALDI, Nuria. *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pans, 2004, p. 64.

un representante legal, ni por un mandatario investido de facultades generales. Pues bien, la ley señala que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre o la madre conjuntamente o por uno de ellos. “El reconocimiento conjunto se produce cuando concurren en un mismo acto las declaraciones de ambos progenitores”<sup>56</sup>. El reconocimiento es unilateral cuando es hecho por uno solo de los padres, y está sujeto a la limitación de que podrá revelar el nombre de la persona con quien se hubiera tenido el hijo, pero esto no se rige respecto del padre que reconoce al hijo concebido.

En cuanto a los abuelos la ley preceptúa que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea<sup>57</sup>. Cuando los padres se encuentren por cualquier causa privados de discernimiento, sean sordomudos, ciego sordos y ciego mudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable, sufran de retardo mental o adolezcan de deterioro mental que les impide expresar su voluntad o se hallen en situación de desaparecido. El Código derogado no traía reglas específicas sobre la materia en cuanto el menor podía unas veces practicar el reconocimiento y, otras no. Pero el actual Código es más preciso, desde que toda persona varón o mujer que se halle en la incapacidad mencionada precedentemente y que tenga por lo menos dieciséis años cumplidos, puede reconocer al hijo extramatrimonial en los registros- del estado civil, y por escritura pública. Igualmente, pueden hacerlo los padres que teniendo más de dieciséis años hayan obtenido título oficial que los autorice para ejercer una profesión u oficio, siendo varón mayor de los dieciséis años o mujer mayor de catorce años hayan contraído matrimonio válido, casos en los cuales, deben reconocer al hijo mediante testamento, no obstante que para otorgarlo se requiere haber cumplido mayoría de edad.

Es preciso que abordemos algunos casos especiales.- a) Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada: En caso del varón casado puede éste efectuar reconocimiento del hijo adulterino<sup>58</sup>. Quedando por cierto a salvo el derecho de la

---

<sup>56</sup> CHIERI, Primorosa y Zannoni Eduardo. *Prueba de ADN*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 78.

<sup>57</sup> Cfr. MENDEZ. COSTA, María Josefa y HUGO D' ANTONIO, Daniel. *Derecho de familia...*, Op. Cit, p. 169.

<sup>58</sup> Cfr. PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Manual de derecho civil. Personas, familia y derecho de menores*, 4<sup>a</sup> ed., Bogotá, Temis, 2002, p. 111.

cónyuge para plantear la acción de separación de cuerpos o de divorcio por adulterio, debido a la declaración, por medio del reconocimiento, de que se cometió efectivamente un adulterio que trajo consigo el nacimiento de un niño fuera del matrimonio, prueba suficiente para exigir la demanda de divorcio por esta causal; b) Caso de hijo extramatrimonial reconocido por otro: “Es cuando quien considerándose progenitor del hijo extramatrimonial de alguien y teniendo el propósito de reconocerlo, se hallara con que persona distinta lo ha reconocido”<sup>59</sup>. No existiendo disposición legal alguna sobre este supuesto, se juzga que el segundo reconocimiento es nulo mientras no se impugne la filiación resultante del primer reconocimiento, para evitar la incertidumbre en el estado del hijo.

Se puede reconocer al hijo nacido, menor o mayor de edad; y al hijo muerto. Así mismo existen estos supuestos: a) Hijos Extramatrimoniales.- De acuerdo con nuestra legislación, pueden serlo todos los hijos extramatrimoniales sin excepción<sup>60</sup>. Tratándose de hijos mayores de edad, la ley prescribe que el reconocimiento no confiere al que lo hace derecho sucesorio ni alimentario, sino en caso que el hijo tenga respecto de él la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento; b) Hijo Muerto.- Se admite el reconocimiento post mortem. El vigente Código establece sobre el particular que puede reconocer al hijo que ha muerto dejando descendientes, porque se trata de amparar a los descendientes de quien no fue reconocido en vida, sobre todo si son herederos en grado preferencial o han gozado de la posesión del estado<sup>61</sup>. El derecho del hijo es inextinguible. Es apto para iniciar el proceso en cualquier tiempo. “La acción de los herederos del hijo que murió durante su incapacidad también es inextinguible”<sup>62</sup>. La acción de los herederos del hijo que murió capaz, cuando procede, caduca a los dos años. La sentencia favorable al actor es declarativa del estado y constituye título de estado. El hijo queda emplazado como hijo matrimonial de los demandados o como hijos extramatrimonial del padre o madre demandados.

---

<sup>59</sup> PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Manual de derecho civil. Personas, familia y derecho...* Op. Cit. p. 112.

<sup>60</sup> Cfr. CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. “El proceso de filiación extramatrimonial vía ADN no atenta contra el debido proceso ni libertad del demandado”, *Diálogo con la jurisprudencia*, N°158, enero 2012, p. 101.

<sup>61</sup> Cfr. PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Manual de derecho civil...* Op. Cit, p. 113

<sup>62</sup> CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. “El proceso de filiación extramatrimonial vía ADN no atenta contra el debido proceso ni libertad del demandado”...Op. Cit, p. 103

Los efectos jurídicos del reconocimiento son los siguientes, i) El hijo adquiere el estado de hijo extramatrimonial, sin duda alguna el efecto sustancial del reconocimiento es la atribución a una persona del estado de hijo extramatrimonial, por lo que adquiere todos los derechos, obligaciones y deberes inherentes a su calidad de tal<sup>63</sup>; ii) Los padres tienen el deber de ejercer la patria potestad del hijo reconocido, por la patria potestad tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y de los bienes de sus menores reconocidos libre y voluntariamente; iii) El hijo extramatrimonial tiene el derecho a alimentos (habitación, vestido y asistencia médica; cuando es menor de edad comprende también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo)<sup>64</sup>; iv) Tiene derechos hereditarios, por lo que el hijo reconocido por el padre y/o la madre es su heredero forzoso, que concurre con los hijos matrimoniales en iguales condiciones<sup>65</sup>; v) Adquisición del apellido del progenitor que lo ha reconocido voluntariamente, pero si hubiera sido reconocido por ambos padres, llevará el apellido de los dos; vi) Asentimiento para el matrimonio de menores, ya que los menores requieren el asentimiento expreso de sus padres; vii) Los padres tienen derecho a designar a un tutor en testamento o en escritura pública al hijo menor. A falta de tal designación el reconocimiento otorga a los ascendientes el derecho a ejercer tutela legítima. Así mismo, los padres pueden excluir de la tutela a ciertas personas, sin expresión de causa; viii) El reconocimiento confiere a los padres el ejercicio del cargo de curadores respecto de los hijos incapaces mentales y minusválidos, así como de los que sufran pena que lleva anexa la interdicción civil. También puede pedir la interdicción de los mismos incapaces, así como puede designar curador en

---

<sup>63</sup> Cfr. VERDERA SERVER, R. *Determinación y Acreditación de la Filiación*, J.M. Bosch Editor S.A, Barcelona, 1993, p. 66

<sup>64</sup> De lo anteriormente dicho podemos agregar que logran entonces, un estado jurídico familiar que tiene validez y vigencia para todos (eficacia erga omnes) con efectos retroactivos. Como se tiene indicado el reconocimiento voluntario es ya irrevocable, incondicional, y que afecta solamente al padre y madre que lo ha reconocido, de tal manera que no arrastra al que no ha efectuado el reconocimiento. Véase en GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *Código Civil Comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2007, p. 19

<sup>65</sup> Se entiende también que los padres extramatrimoniales heredan al hijo reconocido voluntariamente, pero si este reconocimiento se produjo cuando éste ya era mayor de edad, tal derecho solo funciona si el hijo consintió en el reconocimiento o tuvo la posesión constante de estado. Véase en VERDERA SERVER, R. *Determinación y Acreditación de la Filiación...Op. Cit.* p. 72

testamento o en escritura pública para el hijo enfermo o débil mental o sordomudo cuando no tenga parientes.

Los efectos de la falta de reconocimiento son: a) Hijo alimentista.- Esta institución está consagrada en el derecho familiar y es típica de los sistemas cerrados de paternidad que, basados en situaciones de hecho taxativas y de valoración objetiva, no consideran todas las posibilidades en las que se puede atribuir una paternidad<sup>66</sup>. Como es sabido, el aquí mal denominado hijo no es otra cosa que un acreedor alimentario por parte de quien en el momento específico mantuvo relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción o de quien negó someterse a las pruebas biogénicas decretadas en un proceso de declaración judicial de paternidad<sup>67</sup>. En este sentido, se alega que la obligación nace al existir un indicio, no probado, de aquel que es padre, lo que determina una presunción alimentaría de paternidad<sup>68</sup>. Ese derecho de alimentos permanece hasta la mayoría de edad o cese de la incapacidad; b) Expósito.- Es aquella persona -normalmente recién nacido- cuyos progenitores son desconocidos. “En este caso su filiación biológica es ignorada y su filiación jurídica es inexistente”<sup>69</sup>. Para estos efectos, siendo lo determinante en una persona gozar de sus derechos, y en especial de su derecho a la identidad, se faculta al funcionario del Registro de Estado Civil a asignarle un nombre adecuado. De esta manera, el reconocimiento es un acto jurídico familiar. Como tal es unilateral y de emplazamiento en el estado de familia. Es por ello, que el reconocimiento es empleado para determinar la filiación extramatrimonial.

### **1.3. Declaración judicial de filiación extramatrimonial**

Es un gran problema en la sociedad cuando el padre o la madre de un hijo extramatrimonial se resisten a reconocerlo, porque desconfía de la verdad del vínculo o por mala fe. Se trata entonces de saber si es posible que el hijo acuda al Poder Público para que, practicada la investigación pertinente declare, sin la voluntad o contra la voluntad de dichos padre o madre, la relación de filiación.

---

<sup>66</sup> Cfr. PERALTA ANDIA, Javier Rolando. *Derecho de familia en el Código Civil*, 3ª ed., Lima, Idemsa, 2002, p. 148.

<sup>67</sup> IBID, p. 150.

<sup>68</sup> Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo. *Daños en el derecho de familia*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 44

<sup>69</sup> IBID, p. 45.

Desde la antigüedad, cuando se ha venido hablando de la investigación de la paternidad y/o maternidad o de un reconocimiento forzoso, para significar la posibilidad dentro de ciertos límites de recurrir al órgano jurisdiccional para que sea declarada la filiación extramatrimonial respecto del padre o de la madre, o de ambos a la vez, cuando uno u otro se negaba a reconocerlo voluntariamente al hijo<sup>70</sup>. En la actualidad, ya no se habla de reconocimiento forzoso, porque realmente estas expresiones -reconocimiento y forzoso-, resultan contradictorias, desde que todo reconocimiento siempre es voluntario y no obligado. Por eso la posición legislativa más actualizada prefiere denominarla declaración judicial de filiación extramatrimonial, que puede según el caso o bien de la paternidad o bien de la maternidad<sup>71</sup>. De este modo, la mayor parte de las legislaciones, al lado del reconocimiento de hijos matrimoniales, se ocupan de la declaración judicial de filiación extramatrimonial.

### **1.3.1. Acción de reclamación de la filiación**

Las acciones de filiación constituyen una especie de las acciones de estado de familia. Su finalidad puede ser la de obtener el título de estado de hijo y el correlativo de padre o madre emplazado en el correspondiente, o la de aniquilar un título de estado de hijo y sus correlativos de padre o madre desplazando a las personas que lo detentaban en un estado que no es el suyo. Ambas son declarativas de un supuesto de hecho que las precede y que consiste en la existencia o inexistencia del nexo biológico de la generación.

Las características de la acción de filiación son: i) Imprescriptibles, las acciones de filiación son imprescriptibles en todos los supuestos, ii) Irrenunciable, se establece que las acciones de filiación no se extinguen por renuncia expresa o tácita. La acción de reclamación de la filiación es aquella que tiene por objeto que

---

<sup>70</sup> Cfr. PERALTA. ANDIA, Javier Rolando. *Derecho de familia en el Código Civil...* Op. Cit. 155.

<sup>71</sup> Podemos agregar que la declaración judicial de filiación extramatrimonial, viene a ser un modo específico de emplazamiento de la paternidad o maternidad de una persona determinada, cuando los padres se resisten a reconocerlo voluntariamente. Se puede establecer que la declaración judicial de filiación extramatrimonial es un medio de establecerla en defecto del reconocimiento, por virtud de una sentencia en la que se declare, en los casos expresamente señalados por ley, que una persona es padre o madre de un determinado hijo. Véase en SAMBRIZZI, Eduardo. *Daños en el derecho de familia...* Op. Cit. p. 50.

el juez declare que el demandante goce de determinado status familiar. Es por tanto, una acción que permite al accionante que el órgano jurisdiccional le reconozca el goce de la filiación matrimonial con relación a personas determinadas.

La ley sustantiva contiene varias importantes disposiciones referentes al juicio de investigación de la paternidad, que conviene analizar. Estas disposiciones determinan quienes pueden plantear la demanda contra quienes debe dirigirse, a quienes corresponde contradecirla, cual es el juez competente para conocer de ella, y dentro de que plazos es procedente su interposición.

Acerca del actor se establece que la acción para declarar la paternidad no corresponde sino al hijo, porque se entiende que nadie es más interesado que el mismo para buscar el emplazamiento de su estado, de modo que si por cualquier motivo resuelve no plantear la demanda, nadie más, aun teniendo interés económico o moral está autorizado para interponerla<sup>72</sup>. No contradice esta posición la facultad que se le otorga a la madre para que plantee la demanda en nombre del hijo durante su minoría de edad. Con relación al demandado no puede ser otra persona que el presunto padre, si es que éste hubiera fallecido la acción recaería contra sus herederos

Otra cuestión importante es determinar quienes pueden contradecir la demanda de investigación de paternidad, está establecido que el único quien puede contradecir la demanda es el demandado -esto es el presunto padre, sin embargo la ley establece que puede contradecir la demanda todo aquel que tenga un interés legítimo-<sup>73</sup>. Con lo referente a dónde se debe de interponer la demanda se establece que debe interponerse en el domicilio del demandado o del demandante. Pero la regla general es que la demanda debe de interponerse en el domicilio del demandado, pero se permite extender la regla también al domicilio

---

<sup>72</sup> Cfr. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho *familiar...*, Op. Cit. p. 112.

<sup>73</sup> Dicho de otro modo esta es la teoría del legítimo contradictor esto es, del derecho de cualquier tercero interesado, aunque no sea el demandado, para terciar en la controversia y contradecir la demanda del presunto hijo. Con lo referente al legítimo interés se debe precisar que se refiere al económico o al moral, por tanto el interés económico podía ser invocado por los demás hijos del presunto padre, o por la cónyuge de dicho presunto padre, o por otros herederos forzosos o legales de éste; con relación al interés moral solo autoriza la acción o la contestación de ella tratándose del agente o de su familia. Véase en BAUTISTA TOMÁ, Pedro y HERRERO PENS, Jorge. *Manual de derecho de familia...* Op. Cit. p. 119.

del demandante por la necesidad de favorecer al hijo que busca su emplazamiento.

Con relación a los plazos de la demanda se han fijado unos muy cortos sea con el ánimo de evitar una incertidumbre demasiado prologada en cuanto al estado civil de las personas, o para restringir la posibilidad de debates escandalosos, o para impedir que el transcurso del tiempo diluya la eficacia de los medios probatorios con el consiguiente peligro de abusos o injusticias<sup>74</sup>. Con relación al costo de la prueba, se señala que si por consecuencia del resultado de la prueba se declara la paternidad o maternidad, el demandado deberá reintegrar el pago por la realización de la prueba a la parte interesada, lo que constituye un importante medio de disuasión para el demandado que por capricho o irresponsabilidad no la asiste económicamente. “De la misma manera se establece que el Estado determinará los mecanismos necesarios para facilitar el acceso de las personas a la prueba del ADN u otras genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza”<sup>75</sup>. En ese sentido la persona que no pueda cubrir con el gasto deberá acogerse a los alcances del auxilio judicial.

La negativa a someterse a la prueba biológica para los fines de la determinación de la filiación constituye un abuso de derecho además de una falta de solidaridad y colaboración con la administración de justicia. “No se incurre en arbitrariedad normativa por presumir la paternidad del demandado por filiación extramatrimonial que se niega a someterse a la prueba biológica”<sup>76</sup>. No existiendo ninguna razón que justifique la negativa del demandado a que se produzca prueba biológica destinada a demostrar la existencia de incompatibilidad de los grupos sanguíneos

---

<sup>74</sup> Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil IV Familia...* Op. Cit. p. 138.

<sup>75</sup> De admitirse la negativa a realizar la prueba biológica para acreditar la filiación, aun cuando sea injustificada, se harían recaer sobre el hijo las consecuencias negativas a pesar de que la conducta es imputable al padre que no lo reconoció. El régimen probatorio violentaría así el derecho de defensa. La negativa del demandado en juicio de filiación a someterse a la prueba biológica configura un indicio, es decir, un hecho que es fuente de presunciones, en cuanto estas constituyen o son el resultado de la actividad intelectual del juzgador para obtener conclusiones sobre la relación jurídica familiar afirmada. La negativa del demandado en un proceso de filiación a someterse a la prueba biológica es injustificada cuando avoca que existe: un documento extranjero que hace plena fe y le veda jurídicamente reconocer al niño, posibilidad de error en aquél tipo de pruebas, y no haber sido oportunamente notificado bajo apercibimiento de que su no comparecencia sería considerada en su contra. BELLUSCIO Claudio. *Prestación alimentaria...* Op. Cit. p.133.

<sup>76</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil IV Familia...* Op. Cit. p. 141.

de las partes, cabe presumir la verosimilitud de la tesis contraria a quien sostiene la injustificada negativa<sup>77</sup>. En el juicio de filiación se encuentra comprometido no solo el interés personal de los involucrados, sino el de la sociedad toda.

De lo expuesto, se permite concluir que la negativa a someterse a la prueba biológica reviste suma importancia en comparación con los demás indicios que puedan analizarse, en tanto la actitud de quien obstaculiza su producción debe juzgarse en forma severa, pues por esta vía se fuerza a resolver la base de elementos más inciertos y de difícil acreditación. La admisión de la demanda de filiación con fundamento en la negativa del demandado a la realización de la prueba biológica, sumada a otras pruebas obrantes en la causa y debidamente detalladas, es susceptible de provocar consenso o disenso, mas no puede importar arbitrariedad ni por ende habilitar a descalificar la sentencia como acto judicial válido y suficientemente fundado por tratarse de una cuestión opinable y controvertida.

### **1.3.2. Determinación de la identidad y la paternidad por medio de la prueba de ADN**

En la actualidad las pruebas biológicas empleadas se han ido perfeccionando con el correr del tiempo. “De la relación filial deriva toda una gama de derechos, obligaciones y facultades entre las personas unidas por dicho vínculo, pero a la vez la determinación del nexo paternal ha presentado una imposibilidad para ser comprobada”<sup>78</sup>. Efectivamente, la ciencia biogenética ha permitido descubrir y perfeccionar procedimientos técnicos para investigar y luego atribuir biológicamente la filiación<sup>79</sup>. Las pruebas de paternidad se sustentan en el análisis de los marcadores genéticos conformados por los cromosomas, el ácido

---

<sup>77</sup> Las respuestas evasivas brindadas por el demandado al contestar la demanda de filiación ponen de manifiesto un artificio defensivo que resulta compatible con la renuencia o negativa a someterse a la prueba pericial biológica, sin contar con una excusa atenuante o justificante. Véase en PUIG BRUTAI, José. *Compendio de derecho civil. Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 53.

<sup>78</sup> BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. “Hacia una eficaz tutela de los derechos de filiación del hijo extramatrimonial y el uso de la prueba del ADN”, *Actualidad Jurídica*, N° 221, julio 2011, p.43.

<sup>79</sup> IBID, p. 44.

desoxirribonucleico y los genes dirigirán la formación y ordenarán las características del futuro ser desde el momento de la fecundación.

El estudio de los materiales genéticos permite acreditar la relación bioparental entre el presunto padre y el hijo, según sea el caso, con una certeza absoluta. “Al mismo tiempo descarta otras pruebas de validez científica a las que quizás se refiere el artículo en mención, tales como de las pruebas de proteína sérica y las del sistema de histocompatibilidad (HLA)”<sup>80</sup>. Todas ellas son efectivas, pero sólo para determinar una imposibilidad o descarte de paternidad, por el hecho de existir una incompatibilidad de los factores biológicos de los analizados, susceptible de haberse transmitido por medio de las leyes de la herencia. Estas pruebas positivas de paternidad son las de los polimorfismos cromosómicos y el perfil del ADN

La prueba se sustenta en el estudio de las características y conformación de algunos cromosomas, los cuales presentan regiones propias e individuales, identificando así, la transmisibilidad dominante del polimorfismo de padre a hijo<sup>81</sup>. Se basa en estudios de los cromosomas del individuo los cuales presentan ligeras variantes que los hacen notorios y únicos, y en base a ellos se determina la paternidad de un individuo ya que el niño sí presenta características polimórficas que no están en la madre<sup>82</sup>. Necesariamente y de acuerdo a las irrefutables leyes de Mendel, debe haber heredado del padre.

---

<sup>80</sup> CORRAL TALCAINI, Hernán. *Derecho y derechos de la familia...* Op. Cit, p. 46.

<sup>81</sup> “Esta prueba se dirige directamente a la molécula del ADN, la cual, como si fuera un disco magnético de computadora, lleva codificada la información genética, que se hereda por mitades de la madre y del padre. Por lo demás se comprobó que desde la célula inicial – el cigoto, formada con la unión del ovulo y el espermatozoide de los progenitores inmediatos de un individuo- todas y cada una de las restantes células poseen la mentada sustancia.” Para determinar el nexos biológico paterno filial, por ejemplo, se extrae una muestra, generalmente sanguínea del hijo, de la madre y de los posibles padres, para compararlas entre sí. “Las muestras para la tipificación del ADN Pueden provenir de cualquier tejido del cuerpo (pelo, huesos, saliva, esperma, piel, órganos, etcétera) generalmente se obtiene por punción venosa. En la actualidad no es necesaria la punción venosa para extraer sangre, y el método que se va imponiendo es la determinación del ADN por hisopado de la mucosa bucal, en este método mal llamado de la saliva, se que permite obtener miles de células mediante un suave raspado- de escasos minutos- de la parte interna de la mejilla Cfr. MAGALDI, Nuria. *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública...* Op. Cit., p. 55.

<sup>82</sup> IBID, p. 56.

El ADN, es una gran molécula que representa nuestra primera célula de identidad, un verdadero documento biológico que nos identifica como seres únicos<sup>83</sup>. Los test de paternidad involucran análisis que relacionan genéticamente al niño con la madre y el padre alegado, de esta manera se realizan los test en el niño, en la madre y en el presunto padre, por medio de los resultados obtenidos y por comparación de los perfiles se determina la paternidad o la no paternidad –lo que se conoce como exclusión-. “Se basa en la descomposición o hibridación de la molécula de ADN para obtener la huella genética o biodigital”<sup>84</sup>. Conformada por la información genética de las células germinales de los progenitores al momento de la fecundación<sup>85</sup>. Es el estudio directo del ADN con ondas moleculares producidas por Ingeniería Genética y permite la determinación segura (exclusión o inclusión) de paternidad con absoluta confiabilidad porque cada ser humano es genéticamente diferente de todas las otras personas<sup>86</sup>.

Para la determinación de la paternidad son necesarias muestras de sangre de la madre, de la criatura (hijo) y del presunto padre. “La criatura puede ser probada en cualquier edad, después del nacimiento cuando la madre o el padre no pueden ser estudiados aún es viable la determinación de paternidad, pero con menor índice de confiabilidad”<sup>87</sup>. En el caso del padre de no poder ser probado tenemos que llegar a su patrón de impresiones digitales de ADN por el estudio de sus hermanos, padres y/o otros hijos. El criterio fundamental para el análisis es que todas las bandas presentes en el patrón de la criatura tienen que haber venido de

---

<sup>83</sup> El ADN, es una molécula encargada de almacenar la información genética de la célula. Se encuentra en el núcleo de las células eucariotas y forma parte de las células. El ADN está formado de pequeñas unidades denominadas nucleótidos. Éstas se forman por la unión de tres células: el monosacárido (azúcar), el ácido fosfórico y una base nitrogenada. La prueba de ADN es un método científico que regula la investigación biopositiva de la paternidad a efectos de establecer el vínculo genético de una persona con otra a través del estudio y el análisis del ADN. Este se encuentra en los cromosomas del núcleo celular que contienen los genes. La prueba del ADN se caracteriza por: a) Es una prueba genética que se basa en las leyes de Mendel y en los resultados de la ciencia genética, b) Es una prueba que se basa en la técnica bioquímica, porque analiza el material genético partiendo de elementos como la saliva, el sudor, mucosas y la sangre, pelos, vellos, c) Por último se trata de una prueba positiva de paternidad, toda vez que mediante ella se establece quien es realmente el padre. Véase en MAGALDI, Nuria. *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública...*, Op. Cit. p. 60.

<sup>84</sup> CHIERI, Primorosa y ZANNONI Eduardo. *Prueba de ADN...*, Op. Cit. p.81.

<sup>85</sup> IBID, p. 79.

<sup>86</sup> Cfr. MAGALDI, Nuria. *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública...* Op. Cit, p. 57.

<sup>87</sup> Cfr. KEMELMAJER, Aida. *El derecho de familia...* Op. Cit., p. 87.

la madre o del padre biológico<sup>88</sup>. Si la criatura presenta bandas que no están presentes en la madre ni en el posible padre, la paternidad está excluida; por otro lado, si el posible padre posee todas las bandas de la criatura que no están presentes en la madre, la paternidad está probada. De esta manera, diremos que desde tiempos inmemorables establecer la paternidad biológica constituyó un serio dilema para la humanidad. Las pruebas que se realizaban no determinaban de un modo concluyente los caracteres que cada individuo heredaba de sus progenitores, es por ello, que se le dio gran importancia al desarrollo de la prueba de ADN, para poder conocer a los verdaderos progenitores del menor

Como conclusión del capítulo diremos que, es una obligación moral y ética de la persona el reconocer aquellos hijos que procrea fuera del matrimonio, debe hacerse responsable de sus actos, por que traer a una criatura al mundo es una gran responsabilidad, no hacerlo no solo conlleva acciones legales, sino que esa criatura sufrirá traumas y problemas psicológicos, que repercutirá en su vida familiar. Desde el contenido de este capítulo, hemos comprendido la importancia y el valor social que la persona adquiere con la determinación de su filiación. A partir de encontrarse emplazado en el estado de hijo, surgen automáticamente efectos civiles y procesales que modifican su realidad. El sistema adoptado por nuestro código, de que exista una regulación separada de la determinación de la paternidad matrimonial y extramatrimonial nos parece acertado. De este modo no se afecta el principio de unidad sino que por el contrario permite que ambas situaciones sean tratadas de acuerdo a como cada una de ellas lo requiera, ya que no puede ser igual, por ejemplo, la presunción en uno y otro caso. Esta diferencia que comienza en la determinación finaliza cuando a todas se les otorga los mismos efectos. Es de distinguir que cuando la ley hace mención de los hijos matrimoniales, entendemos que no lo hace en un sentido discriminatorio sino que lo hace para indicar que está fuera del matrimonio, y así aplicar el procedimiento que corresponde permitiendo establecer la filiación de quien lo requiera.

---

<sup>88</sup> Cfr. CHIERI Primorosa y ZANNONI Eduardo. *Prueba de ADN...Op. Cit.*, p. 79.

## **CAPÍTULO 2:**

### **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO VS SEGURIDAD JURÍDICA PROCESAL**

En el presente capítulo desarrollaremos el principio del interés superior del niño/niña, que contiene una serie de criterios que apuntan a amparar el pleno desarrollo y la total autorrealización del niño en su entorno a proteger y garantizar la valiosa contribución que el niño/niña debe hacer a la sociedad y al Derecho ya que constituye un valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño/niña, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas. El interés superior del niño/niña debe ser entendido respecto del niño, niña o adolescente mismo, en cuanto sujeto de derecho, de tal manera que este niño pueda gozar de todos sus derechos. Por otro lado, la función del interés superior del niño/niña es la de servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. Es decir, permitirá llenar algunos vacíos o lagunas legales tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa.

Del mismo modo, desarrollaremos la seguridad jurídica procesal en sus formas del debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y la cosa juzgada, de esta manera podremos conocer las instituciones antes mencionadas que servirán de mucha utilidad en la realización del tercer capítulo.

## **2.1. Interés superior del niño/niña**

El interés superior del niño/niña no ha de ubicarse entre los principios específicos del Derecho de Familia. Es suficiente con remitirse al artículo 3° de la Convención sobre sus derechos para comprobarlo<sup>89</sup>. No está convocado a reconocerlo y asegurarlo solamente la familia y sus miembros ya que las medidas protectoras pueden y deben emanar de las autoridades estatales en sus diversas ramas, legisladores, administradores y jueces, de las organizaciones no gubernamentales, de distintas entidades que encaran la problemática del hombre en sociedad<sup>90</sup>. En otro sentido, también estos derechos exceden la familia en cuanto corresponden al niño/niña carente de ésta, ya sea huérfano de padre o madre, sin parientes o abandonado.

Es por ello que cabe preguntarnos quiénes deben ceñirse a este principio, para los efectos de la protección de los niños/niñas o adolescentes y de la promoción y preservación de sus derechos. Por medio de las enseñanzas de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos podemos extraer tres niveles de obligados. En primer lugar, de manera primordial, los padres del niño, incluyendo en este rango a la familia<sup>91</sup>. En segundo lugar, resultado obligado por el principio del interés superior del niño evidentemente el Estado, entendiendo por Estado tanto la función ejecutiva, como la legislativa y judicial. “En este sentido, el

---

<sup>89</sup> Artículo 3° de la Convención sobre los derechos del niño y del adolescente.- “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”. Véase en GAMARRA RUBIO, Fernando. *Convención sobre los derechos del niño*, Lima, Fondo Editorial, 2001, p. 20.

<sup>90</sup> El principio del interés superior del niño, viene a señalar el reconocimiento y la obligación de los Estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de uno de los grupos más débiles o vulnerables de la sociedad, los niños. Véase en LANDA ARROYO, Cesar. “Derecho a la identidad del menor prevalece sobre la cosa juzgada en el proceso de filiación”, *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 211, julio 2011, p. 74.

<sup>91</sup> IBID, p. 75.

Estado se encuentra obligado a adoptar medidas efectivas, en virtud del principio del efecto útil, destinadas a plena vigencia y aplicación de este principio”<sup>92</sup>. Por supuesto que la política legislativa relacionada con los niños/niñas y adolescentes debe estar predominantemente guiada por el principio o el conjunto de criterios que compone el interés superior del niño/niña y, evidentemente, la política judicial y, más particularmente, las decisiones de los tribunales de justicia en los que estén envueltos niños, niñas o adolescentes deben ser inspiradas, orientadas y determinadas por el principio del interés superior del niño. Finalmente, la sociedad toda también aparece como obligada por el conjunto de criterios que integran el mejor interés del niño/niña.

La convención sobre los Derechos del Niño introdujo el principio de la consideración primordial del interés superior del niño<sup>93</sup>. El conjunto de derechos, que componen el catálogo, constituye el mínimo exigible al Estado<sup>94</sup>. Se alienta al Estado para que incluya otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional, para que amplíe el alcance y contenido de un derecho del catálogo o para que mejore las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos existentes. En este sentido, la obligación de los Estados de procurar el ejercicio de los derechos del niño/niña no es una obligación estática, sino dinámica y progresiva, que debe permitir el mejoramiento de las condiciones necesarias para el pleno goce de

---

<sup>92</sup> CABALLERO PINTO, Henry Víctor. “¿Se protege y garantiza efectivamente el derecho a la identidad y demás conexos de los menores no reconocidos?”, *Actualidad Jurídica*, N° 212, julio 2011, p. 51.

<sup>93</sup> En 1978, debido a que la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 carecía de una exhaustiva enumeración de los derechos de los niños, así como por su carácter de texto sin obligaciones jurídicas para los Estados parte, el Gobierno de Polonia presentó la Comisión de Derechos Humanos un proyecto sobre una Convención de las Naciones Unidas, relativa a los Derechos del niño. Los objetivos de la Convención podrían resumirse como un intento de definir los derechos sustantivos de los niños, reconociéndolos como ciudadanos del mundo y con posibilidades de compartir sus recursos, con los correlativos deberes de los diferentes Estados y de las autoridades competentes, teniendo en cuenta que esos objetivos no bastan, sino se consigue además conferir a los agraviados el derecho a acudir a los foros internacionales y legitimar a organismos internacionales para que ejecuten las sentencias y acuerdos. La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional sobre Derechos Humanos que contiene el catálogo mínimo de derechos específicos de la infancia, con carácter vinculante para los Estados frente a todo menor y a sus representantes legales sometidos a sus jurisdicciones y con mecanismos de supervisión para el cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados. Véase en PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. “*El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor en la investigación de la filiación*”, *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 53, agosto, 2003, p. 81.

<sup>94</sup> IBID, p. 82.

estos derechos. En general, el Estado asume dos obligaciones básicas: la primera, la de respetar los derechos del niño/niña y la segunda, la de garantizar el ejercicio de los mismos.

La expresión interés superior del niño significa que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando 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<sup>95</sup>. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño/niña. La referencia al interés del niño/niña no necesita ser expresa y viene operando desde antes de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del niño.

Con relación al término superior, podemos afirmar que el dicho calificativo superior hace pensar en un absoluto y en mejor. El interés superior del niño/niña se encuentra protegido por diferentes derechos subjetivos que le dan forma y fuerza al principio<sup>96</sup>. En definitiva, lo que se propone con la idea rectora o con el principio del interés superior del niño/niña es, que la consideración de dicho interés debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten.

Sus funciones son: a) es programático, dirigido a los legisladores y los funcionarios administrativos con atribuciones de reglamentación, es, por lo tanto, generador de nuevas normas e incluso instituciones; b) es de efectividad inmediata en las siguientes vertientes: b.1) como pauta de interpretación del derecho escrito llegando a contradecir sus disposiciones; b.2) como integrador del

---

<sup>95</sup> El interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. Con dicha expresión se quiere energizar los derechos de la infancia, a menudo olvidados por los adultos en las situaciones conflictivas. Igualmente alienta la idea de que la voluntad o deseo de los progenitores o sus sustitutos debe ceder ante lo que resulte más conveniente para el niño o el adolescente, persona a la cual afectará la decisión jurisdiccional. El principio del *interés superior del niño o niña*, entendido como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible. Así, el interés superior del niño o niña indica que las sociedades y gobiernos deben de realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que éstos puedan vivir y desplegar sus potencialidades. Véase en LANDA ARROYO, Cesar. “*Derecho a la identidad del menor prevalece sobre la cosa juzgada en el proceso de filiación*”...Op. Cit., p. 76.

<sup>96</sup> CFR. PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. “*El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor*”...Op. Cit., p. 84.

ordenamiento colmando sus lagunas; b.3) como inspirador e impulsador de medidas concretas de acción positiva<sup>97</sup>.

En conclusión, el principio de interés superior del niño/niña o de bienestar del niño/niña o adolescente es un principio comprensivo y multifactorial, de tal manera que contiene una serie de criterios que apuntan a amparar el pleno desarrollo y la total autorrealización del niño/niña en su entorno y a proteger y garantizar la valiosa contribución que el niño/niña debe hacer a la sociedad. El interés superior del niño/niña es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar.

### **2.1.1. El interés superior del niño/niña como fuente de creación judicial**

Cuando la interpretación judicial evalúa en un proceso el interés superior del niño/niña adquiere la fuerza de una gestación normativa. Si en un primer momento, la lectura de cuál es ese dicho interés que se nutre de la historia singular, más tarde su reproducción en los discursos judiciales forja reglas capaces de llenar los vacíos de la ley, la pauta se convierte en un poderoso instrumento de creación que alimenta al cambio legal<sup>98</sup>. La prevalencia del interés del niño/niña ha sido considerada en decisiones relativas al ejercicio de la autoridad parental.

Detrás de la valoración circunstanciada de cuál es el interés del niño/niña subyacen las creencias generales sobre lo qué es beneficioso para la infancia<sup>99</sup>. Vislumbramos aquí las dos caras indisolubles de la noción, esto es, tanto su connotación social como su dimensión individual y singular. Cada época y cada cultura define qué es lo mejor para la niñez en función de un determinado sistema

---

<sup>97</sup> Cfr. MENDEZ COSTA, María Josefa. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2006, p. 31.

<sup>98</sup> IBID, p. 33.

<sup>99</sup> La pauta es una construcción sujeta a singularidades históricas, culturales e, incluso, regionales. En el pasado el interés del niño ha servido para justificar los castigos corporales y la detención de menores en las condiciones más inhumanas, para enderezarlo y encarrilarlo en el bien. La época colonial, en aras del bien del hijo, el padre podía solicitar a la justicia, en virtud de su poder de corrección, se reclusión por desobediencia, por una inclinación torcida o extraviada, por ser incorregible o por tener perversa inclinación. Cfr, AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. “*El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, 2008, p. 25 [ubicado el 13.1.2012], Obtenido en [http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/revistaano\\_6\\_1.htm/Elprincipio11.pdf](http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf).

de valores y de representaciones sociales<sup>100</sup>. Hoy en día, se rechazan todas las prácticas violatorias de los derechos fundamentales de la niñez. “Sin embargo, en el presente todavía opera en las mentalidades la idea de que muchas veces es indispensable y beneficia al niño/niña ejercer la violencia como un instrumento educativo”<sup>101</sup>. Por consiguiente, en las decisiones es necesario articular dos aspectos. Por una parte, los jueces y funcionarios deben tener en cuenta, al apreciar el interés del niño/niña, los usos y costumbres propios del medio social y cultural en que se ha desenvuelto habitualmente, pues es deber del Estado y de la sociedad respetar la identidad y la pluralidad cultural, por otra parte este relativismo cultural, que exige aceptar las diferencias, no puede servir de escudo para tolerar interpretaciones que signifiquen una vulneración de la dignidad que pertenece a los niños/niñas como seres humanos y que afectan sus derechos consagrados en instrumentos de jerarquía constitucional.

De esta manera podemos afirmar, que el legislador debe consagrar, como regla, la primacía del interés del niño/niña por encima del interés de los padres biológicos y el de las demás personas que puedan verse afectadas. Se ha precisado que el niño/niña tiene derecho a especial protección y, considerando sus derechos, que la tutela de los mismos debe prevalecer como factor primordial en toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda ocurrir en cada caso, y por lo tanto, toda decisión sobre el tema, debe estar inspirada en lo que resulte más conveniente para su protección.

---

<sup>100</sup> Cfr. GROSMAÑ, Cecilia. *El interés superior del niño en Los derechos del niño en la familia*. Discursos y realidad, editado por Grosman, Buenos Aires, Universidad, 1998, p. 25.

<sup>101</sup> No solo la diferencia cultural engendra particulares interpretaciones acerca de lo que es malo o bueno para el niño, sino que dentro de la misma sociedad confluyen ideologías diversas que revelan el pluralismo propio de un sistema democrático. Los jueces son portadores de diferentes valores y preferencias que se exteriorizan en las prácticas judiciales. El juez o funcionario, al decidir cuál es el mejor interés del niño, al referenciar los hechos, los mediatiza a través de sus valoraciones particulares, de su historia y sus experiencias personales. Su juicio no es una representación de la realidad como algo objetivo y externo, sino que reconstruye esta realidad de acuerdo con su particular mirada. IBID, p. 26.

### **2.1.2. El interés superior del niño/niña en la jurisprudencia**

En el año 2005, la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el expediente N°756-2005-PUNO, se pronunció sobre el interés superior del niño/niña, en el considerando tercero no es menos cierto que existen normas sustantivas que tienen que tienen prevalencia sobre cualquier norma procesal. Tal es el caso del artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes, que dispone que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la Sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del niño/niña y del adolescente y el respeto de sus derechos. En consecuencia, estando a que es política permanente del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar, estableciendo medidas cautelares y resarcimiento de los daños y perjuicios causados por ella y al haberse determinado- según las evaluaciones psicológicas obrantes a fojas diez, once y doce- que los menores sufren de maltrato emocional, bien ha hecho la Sala Superior en fijar medidas de protección a favor de los menores<sup>102</sup>. Dicho expediente, se trata de un recurso interpuesto por don Arturo Huamán Arias, contra la resolución que declaró fundada la demanda de violencia familiar respecto de los menores Arturo y Waldo Huamán Alvarado, el recurso fue declarado infundado el interpuesto en consecuencia no casaron la resolución de vista de fojas doscientos cuarenta y seis, de fecha treinta y uno de enero de dos mil cuatro.

En el año 2008 el Tribunal Constitucional se pronunció en la sentencia N° 2132-2008- PA/TC - ICA, en la cual doña Rosa Felicita Elizabeth Martínez García interpone recurso de agravio constitucional con el objeto que se declaren nulas las resoluciones: *i)* N.º 5, de fecha 19 de marzo del 2004, *ii)* N.º 8, de fecha 1 de abril de 2004 y *iii)* N.º 10, de fecha 22 de mayo del 2004, que declara improcedente la nulidad deducida por la recurrente, resoluciones todas sobre aumento de alimentos en favor de su menor hija Ana Fiorella Solier Martínez<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Cfr. JUSTICIA DE FAMILIA E INFANCIA. *Interés Superior del Niño y Jurisprudencia peruana*, 2008, p. 8 [ubicado el 5.VI.2012] Obtenido en <http://justiciadefamilia.blogspot.com/2008/10/inters-superior-del-nio-y.html>, p. 15.

<sup>103</sup> Cfr. STC del 9 de mayo del 2011, Sentencia número 02132-2008-PA/TC. [Ubicado el 29.VI.2012]. Obtenido en <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.html>, p. 17.

Sostiene que las cuestionadas resoluciones judiciales han vulnerado sus derechos al debido proceso, a la igualdad ante la ley y a la protección especial del niño/niña y del adolescente, pues han declarado la prescripción de ejecución de la sentencia sobre pensión alimenticia, la demanda de amparo fue declarada fundada. Pero el Tribunal llegó a esta decisión al establecer al principio del interés superior del niño/niña, como un principio constitucional de protección del interés superior del niño/niña que constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4º de la Norma Fundamental en cuanto establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño/niña. Tal contenido fundamental es reconocido a su vez por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. De este modo, el principio constitucional de protección del interés superior del niño/niña se constituye como aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño/niña, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales.

En 1997, la Corte Interamericana de derechos humanos, recibió una demanda contra la República de Guatemala por el secuestro, la tortura y el asesinato de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes, por el asesinato de Anstraum Aman Villagrán Morales. Como dos de las víctimas, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes, eran menores de edad cuando fueron secuestrados, torturados y muertos, y Anstraum Aman Villagrán Morales era menor de edad cuando se le dio muerte, la Comisión alegó que Guatemala había violado el artículo 19 -Derechos del Niño- de la Convención Americana<sup>104</sup>. En este caso, denominado Villagrán Morales, la Corte Interamericana de derechos Humanos ha señalado que en virtud de la Convención Americana de Derechos

---

<sup>104</sup> Cfr. CORTE I.D.H. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. 1999 [ubicado el 10.4.2012] Obtenido en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf), p. 12.

Humanos de que el Estado de Guatemala es parte y de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, la República guatemalteca ha incurrido en graves violaciones a los derechos humanos de los niños objeto de esta demanda al no establecer las medidas oportunas para impedir una práctica sistemática de agresiones en contra de los niños de la calle por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado.

En 2003, el caso *Bulacio v/s Argentina* la Corte sanciona al Estado de Argentina a pagar una indemnización a favor de la familia de la víctima Walter David Bulacio, de 17 años de edad, quien producto de una detención masiva quedo detenido en la comisaría de la ciudad de Buenos Aires<sup>105</sup>. Se denunciaron en estas inmediaciones múltiples violaciones a los derechos del menor como por ejemplo agresiones por parte de agentes policiales, que no se notificara de la detención al juez correccional de menores de turno y lo peor de todo es que el joven Walter Bulacio producto de haber vomitado tuvo que ser trasladado a un centro asistencial donde el menor denunció lesiones graves por parte de la policía, Walter Bulacio falleció 6 días después.

En el año 2004, el caso *Instituto de la reeducación del menor v/s Paraguay* la Corte sancionó al Estado de Paraguay por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal de los doce internos fallecidos y los demás menores que resultaron con lesiones en el Instituto de la reeducación del menor<sup>106</sup>. Además el Estado violó el derecho a la protección judicial e incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno de manera de garantizar a los niños los derechos fundamentales que le han sido consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En 2005, el caso de las niñas Yean y Bosico v/s República Dominicana la petición fue presentada a la Corte en virtud de que el Estado, a través de sus autoridades del registro civil, habría negado el derecho a la nacionalidad dominicana de las niñas, manteniéndolas en la situación de apátridas hasta el 25 de septiembre del

---

<sup>105</sup> Cfr. CORTE I.D.H. *Caso Bulacio v/s Argentina*, 2003 [ubicado el 05.IV.2012] Obtenido en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_100\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf), p. 15.

<sup>106</sup> Cfr. CORTE I.D.H. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, 2004 [ubicado el 20.IV.2012] Obtenido en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26393.pdf>, p. 17.

2001<sup>107</sup>. La Corte sostuvo que la República Dominicana violó los derechos a la nacionalidad, a la igualdad ante la ley, el derecho al nombre y al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la integridad personal de las niñas en cuestión.

Así, en el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, la Corte I.D.H. “Se señaló que Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri eran niños de 14 y 17 años, respectivamente, cuando fueron detenidos ilegal y arbitrariamente, torturados y ejecutados extrajudicialmente por agentes de la Policía Nacional del Perú”<sup>108</sup>. En este sentido, la Corte reitera su concepto de niño establecido en la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cuando señala que en definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad. Efectivamente, este criterio será reiterado en la Opinión Consultiva sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. La Corte ha sido clara en señalar que en definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por niño a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.

En todos estos casos enunciados, existe un uniforme razonamiento de la Corte, la que considera en forma integral el *corpus iuris gentium* de los derechos del niño, incluyendo la dinámica interacción e interdependencia entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño y otros cuerpos normativos. En todos estos pronunciamientos, la Corte Interamericana de derechos humanos manifiesta un claro reconocimiento del niño/niña como categoría especial de protección por parte del Estado, la familia y la sociedad entera, además de su condición de plenos sujetos de derechos y, especialmente, de derechos humanos. Por medio de las jurisprudencias antes mencionadas podemos inferir que, cuando hablamos del interés superior del niño/niña no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño/niña, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño/niña, sino que

---

<sup>107</sup> Cfr. CORTE I.D.H. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, 2005 [ubicado el 20.IV.2012] Obtenido en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_156\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_156_esp.pdf), p. 14.

<sup>108</sup> CORTE I.D.H. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, 2004 [ubicado el 25.IV.2012] Obtenido en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp.pdf), p. 18.

cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño/niña, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños. El llamado interés superior del niño/niña debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña.

El principio significa que el interés superior del niño/niña es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño/niña en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño/niña y que representa una garantía para el niño/niña de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia. Podemos agregar que, por encima de cualquier norma procesal está el interés superior del niño/niña, la razón tiene una sola explicación particular, por el estado de vulnerabilidad y de indefensión en que se encuentra la persona cuando es niño y teniendo además presente que uno de los objetivos del Estado y de la sociedad es el correcto desarrollo de la personalidad del infante y el respeto al libre ejercicio de sus derechos fundamentales, determinado por su intrínseca condición de ser sujeto de derecho, es que se justifica brindarle al niño una protección especial y diferenciada del resto de grupos sociales, que necesariamente desde ser respetada por todas las autoridades e instancias judiciales.

### **2.1.3. El derecho del niño/niña a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos**

Resulta evidente que para poder cumplir los derechos y exigir la atención de los deberes que corresponden a los hijos, éstos deben conocer previamente quiénes son sus padres<sup>109</sup>. Una vez determinada la filiación, esto es, establecidas la

---

<sup>109</sup> De acuerdo con la concepción clásica, si bien es ley de la biología que cada hijo tiene un padre y una madre, para el Derecho, sin embargo, puede carecer de uno de ellos, o de los dos, porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre estos no está siempre la atribución de un estado de filiación. Al respecto, se sostiene que el derecho para establecer

paternidad y la maternidad, surge inmediatamente la atribución a los padres del conjunto de derechos y deberes reconocidos en función del interés de los hijos, que se resumen en el cuidado integral de estos.

El derecho del niño/niña a conocer a sus padres aparece expresamente recogido en el artículo 7° de la Convención sobre los Derechos de Niño<sup>110</sup>. Resulta evidente que para poder cumplir los deberes y derechos que corresponden a los hijos, estos deben conocer previamente quiénes son sus padres. Una vez determinada la filiación –establecida la paternidad y la maternidad- surge inmediatamente la atribución a los padres del conjunto de derechos y deberes, reconocidos en función del interés de los hijos, que resumen en el cuidado integral de estos. “El derecho a conocer a los padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad”<sup>111</sup>. A partir del mismo, cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial. Cada sujeto podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, las acciones de filiación como manifestaciones concretas del derecho del niño/niña a conocer a sus padres, participan del mismo carácter imprescriptible e irrenunciable de este

---

entre dos personas concretas la relación de filiación, plena de pretensiones recíprocas, ha de exigir determinados presupuestos que, de faltar, hacen imposible el establecimiento del vínculo de parentesco y entrañan como consecuencia que no sea para el Derecho un absurdo la existencia de un ser humano sin padre e incluso sin madre, porque ello no quiere negar que biológicamente carezca de ellos, sino que significa que ningún varón o ninguna mujer tiene respecto de dicho ser los derechos y deberes jurídicos que al padre o a la madre corresponden por imperativo y concesión de la norma jurídica. A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, se impone a todos los efectos del principio de la verdad biológica y, por lo tanto, la realidad genética en los procesos sobre filiación, contando para ello con la fuerza demostrativa de las pruebas biológicas que ofrecen plena solvencia, hasta el punto que los porcentajes de error, son siempre inferiores a los de cualquier otro elemento demostrativo, siempre que estas pruebas sean practicadas por expertos en centros especializados. El principio de la verdad biológica significa que cada sujeto podrá figurar como padre o como hijo de quien verdaderamente lo sea, puesto que dispondrá del uso de medios que el Derecho pone a su alcance para rectificar la situación que vive si no está conforme con ella. Véase en GROSAN, Cecilia. *El interés superior del niño en Los derechos del niño en la familia....*, Op. Cit. p. 31.

<sup>110</sup> Artículo 7° de la Convención sobre los Derechos de Niño: “*El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”.

<sup>111</sup> GROSAN, Cecilia. *El interés superior del niño en Los derechos del niño en la familia....*, Op. Cit. p. 32.

derecho, el cual, para el ejercicio exige abandonar el sistema de causales determinadas para ejercitar tales acciones.

El derecho a conocer a los padres resulta comprendido como uno de los atributos de la identidad de toda persona, la identidad en las relaciones familiares, se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad<sup>112</sup>. De ello se encargan las acciones de filiación, cuyo objeto es la constitución del emplazamiento filial, cuanto las que tienen por objeto el desplazamiento, vale decir, las acciones de reclamación y de impugnación de la filiación.

El derecho del niño/niña a ser cuidado por sus padres rige la idea de que el ejercicio compartido de la patria potestad por el padre y la madre, atiende mejor al interés del niño/niña, lo que constituye el reconocimiento de la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que aquélla importa, con prescindencia del origen de la filiación<sup>113</sup>. Podemos establecer, que el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos significa que el niño/niña será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a

---

<sup>112</sup> Las acciones de filiación, como manifestaciones concretas del derecho del niño a conocer a sus padres, participan del mismo carácter imprescriptible e irrenunciable de este derecho, el cual, para su cabal ejercicio, exige abandonar el sistema de causales determinadas para ejercitar tales acciones. Ello es así, desde que se comprueba que la realidad social imperante ha desbordado la previsión legislativa en aquellos países en los que rige tal sistema, provocando situaciones discriminatorias, por cuanto solo pueden ejercer tales pretensiones quienes se encuentren incursos en alguna de las causales legales. Para suprimir tales circunstancias indeseables, el sistema de causales indeterminadas rige justamente para que todo supuesto de hecho demostrable fundamente el reclamar o impugnar la filiación matrimonial y no matrimonial. Véase en TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo. *“El interés superior del niño, ¿puede modificar los acuerdos contenidos en una conciliación judicial?”*, *Actualidad Jurídica*, N° 182, setiembre 2009, p.125.

<sup>113</sup> En este orden de ideas, corresponde regular lo referido a la patria potestad. Respecto a esto último, la regla es la actuación conjunta de los tributos de la patria potestad por ambos padres, por atender mejor al interés de los hijos menores. La excepción será la actuación separada para los casos en que se restrinja el ejercicio de la patria potestad, ya sea por lesionarse el interés el interés protegido o presentarse circunstancias que de hecho imposibilitan su realización. De otro lado, la restitución del ejercicio de la patria potestad procederá cuando hayan desaparecido las causas que motivaron la restricción y ello convenga al interés de los hijos. IBID., p.127.

sus padres y a ser cuidado por ellos<sup>114</sup>. Como se observa, el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos constituye un derecho fundamental de la infancia, que se sustenta en el reconocimiento de que el niño/niña, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño/niña.

#### **2.1.4. Las debilidades y fortalezas del principio del Interés superior del niño/niña**

La noción del interés superior del niño/niña ha adquirido una trascendencia institucional que supera las fronteras. Empero, al mismo tiempo, junto al consenso de las naciones se alzan voces en el campo doctrinario que marcan sus debilidades<sup>115</sup>. Su aplicación, pone a la justicia al servicio de los modelos sociopolíticos dominantes. Su evaluación subjetiva facilita la arbitrariedad del magistrado. “Este interés es siempre definido por el adulto y existe riesgo de contemplar más los intereses de éste último que los del menor, ya que queda *de los hijos extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2003, p. 35. reducido como aquel que no habla. Es un compartimiento vacío que se llena con las percepciones y prejuicios de los adultos”<sup>116</sup>. En nuestro país, la práctica judicial indica una carencia cuando se autoriza al juez a objetar los acuerdos de las partes si afectan el bienestar de los hijos, ya que los jueces aprueban los convenios sin investigar si benefician o no al niño, pues confían en el criterio de los padres<sup>117</sup>. También se ha dicho que cuando se piensa en el interés superior del menor es posible tener distintas ideas sobre la manera en que puede ser satisfecho<sup>118</sup>. Unos pueden creer que el mayor interés es lograr fuertes lazos emocionales, y otros suponer que es contar con una adecuada formación

<sup>114</sup> Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Convención sobre los Derechos del Niño*, 1989, p. 78 [ubicado el 10.I.2012], Obtenido en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>, p. 45.

<sup>115</sup> Cfr. DEFENSORIA DEL PUEBLO. *La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los hijos extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2003, p. 35.

<sup>116</sup> IBID., p. 36.

<sup>117</sup> Cfr. GUTIERREZ DE LA CRUZ, Judyth. “El derecho a la identidad, modificación del proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, *Actualidad Jurídica*, N°212, julio 2011, p. 61

<sup>118</sup> IBID, p. 62.

espiritual o religiosa o prepararlo para ser un hombre productivo en la adultez. La evaluación del interés superior del niño/niña dependerá de los valores que se consideran importantes en la tarea formativa.

Creemos que, pese a los riesgos señalados, es necesario, enaltecer la noción en cuanto representa la consideración del niño/niña como una persona independiente, el reconocimiento de sus propias necesidades y la aceptación de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. El interés superior del niño/niña emerge como fruto de una estructura familiar que busca el respeto de las individualidades que la componen. Surge cuando la infancia es concebida como una categoría autónoma, con sus propios derechos e intereses.

### **2.1.5. Significado que puede atribuirse al calificativo “superior”**

Se califica al interés del niño/niña como superior. Con esto ¿Se está queriendo decir que los derechos del niño son jerárquicamente superiores a los de los adultos y, por consiguiente, que priman sobre estos? En principio pareciera que la respuesta debe ser afirmativa, pero el calificativo superior no tiene este alcance. “Fundamentalmente se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales”<sup>119</sup>. Simboliza la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y que ese lugar debe ser respetado.

No debemos olvidar que cuando se defiende el interés del niño/niña ello implica la protección y defensa de un interés social<sup>120</sup>. Así, en materia filial, a la comunidad le interesa la averiguación de la verdad biológica, asegurar la responsabilidad en la procreación y el derecho del niño a obtener su emplazamiento filial. Por otra parte, la decisión pretende poner una valla a las reivindicaciones de los adultos cuando amenazan las necesidades propias del niño. Es decir, alienta la idea de que frente a un conflicto de intereses se consideran de mayor jerarquía aquellos que permiten la realización plena de los derechos del niño.

### **2.1.6. La defensa del interés superior del niño/niña**

---

<sup>119</sup> TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo. “*El interés superior del niño, ¿puede modificar los acuerdos contenidos en una conciliación judicial?*”, *Actualidad Jurídica*, N°182, setiembre 2009, pp.126.

<sup>120</sup> IBID, p. 127.

La consideración del interés superior del niño/niña se produce cuando el conflicto llega a la justicia por obra de los adultos o de organismos estatales encargados de la protección del niño/niña<sup>121</sup>. Un aspecto esencial para amparar el interés del niño/niña, es darle el derecho de acudir personalmente a la justicia cuando dicho interés resulte afectado.

Dentro del ordenamiento actual, cuando se presenta una oposición de intereses entre padres e hijos, se designa un tutor, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público<sup>122</sup>. Pero esta solución no resguarda suficientemente el interés superior del niño/niña, ya que por una parte, los tutores especiales tienen facultades restringidas, por la otra la función esencial del Ministerio Público es controlar, dictaminar o asesorar, no teniendo la infraestructura adecuada para participar en la investigación del caso, y representar los intereses del niño/niña. Por consiguiente, la protección del interés superior del niño/niña exige necesariamente acordarle la posibilidad de una representación propia que defienda sus intereses, elemento esencial del debido proceso.

## **2.2. Seguridad jurídica procesal**

La seguridad, constituye un deseo arraigado en la vida anímica del hombre, que siente terror ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido<sup>123</sup>. La exigencia de seguridad de orientación, es una de las necesidades humanas básicas que el derecho trata de satisfacer a

---

<sup>121</sup> Cfr. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *“El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*...Op. Cit, p. 27.

<sup>122</sup> IBID. p. 28.

<sup>123</sup> La seguridad jurídica como valor jurídico no es algo que se dé espontáneamente, y con idéntico sentido e intensidad, en los distintos sistemas normativos. Su función y alcance dependerá de las luchas políticas y las vicisitudes culturales de cada tipo de sociedad. La seguridad se convertirá en presupuesto y función indispensable de los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho. Se ha observado, certeramente que la seguridad es el factor primario que impulsó a los hombres a constituir una sociedad y un derecho, o dicho en términos racionales, lo que constituye el motivo radical y primario de lo jurídico. Pudiera inferirse de ello que todo derecho y todo Estado conforman por su mera existencia, sistemas de seguridad jurídica. En el Estado de derecho la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como: presupuesto del derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los que fundamentan el entero orden constitucional, y función del derecho que asegura la realización de las libertades. Con ello, la seguridad jurídica no solo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que se convierte en un valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales. Véase en PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1994, p. 13.

través de la dimensión jurídica de la seguridad procesal. “La seguridad jurídica viene entendida como un fin a conseguir a través del derecho o como una seguridad jurídica que es proporcionada por el derecho”<sup>124</sup>. El alcance de la seguridad supone la realización plena de las garantías y los valores del Estado de Derecho, la seguridad jurídica exige la previsión de una respuesta conforme a derecho para los diferentes conflictos que se suscitan en la convivencia humana. Un aspecto central de la seguridad jurídica es la vigencia plena de la cosa juzgada en la sociedad, es decir, que las sentencias de los tribunales efectivamente queden inmodificables que se cumplan con eficiencia<sup>125</sup>. La seguridad. Es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la norma fundamental –Constitución Política-. Para no poner en riesgo la seguridad jurídica se deberá respetar las competencias y las resoluciones expedidas en el marco de la autonomía técnica<sup>126</sup>. Salvo casos graves y excepcionales de acreditada vulneración al debido proceso, se podrán anular las resoluciones.

### **2.2.1 La cosa juzgada**

Se entiende por autoridad de la cosa juzgada la fuerza o eficacia obligatoria inherente a la materia de la decisión judicial contenida en la sentencia<sup>127</sup>. No es lo mismo la ejecutoria de la sentencia que la cosa juzgada, por tanto, es inexacto que haya autoridad de cosa juzgada cuando la sentencia no está sujeta a impugnación<sup>128</sup>. La cosa juzgada impide que haya un nuevo proceso y el fallo permite adelantar el proceso de ejecución.

---

<sup>124</sup> IBID, p. 14.

<sup>125</sup> Cfr. GUERRA CERRÓN, María. “*El debido proceso sustantivo y las reglas de autolimitación*”, *Actualidad Jurídica*, N° 194, enero 2010, p. 105.

<sup>126</sup> Cfr. GUERRA CERRÓN, María. “*El debido proceso sustantivo y las reglas de....* Op. Cit. p. 106.

<sup>127</sup> La cosa juzgada también se encuentra regulada en la Constitución en el Artículo 139º “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada*”.

<sup>128</sup> Entiéndase que el hecho que la autoridad de cosa juzgada solo se conceda a las sentencias ejecutoriadas no indica que los dos conceptos sean iguales ya que la ejecutoria solo indica si ha surgido y cuando la cosa juzgada, pero nada más. Una sentencia será firme cuando ha quedado ejecutoriada o en su caso consentida. Es ejecutoriada una sentencia cuando se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios que concede la ley, y contra ella en ordenamiento jurídico ya no concede otro recurso impugnatorio para que sea revisada por un

Es aquella excepción procesal por medio de la cual se pide la declaración de certeza de la existencia de un hecho jurídico, al cual, el Derecho procesal objetivo le impone la prohibición de pretender otro proceso. “Opera la extinción del derecho de acción y del derecho de jurisdicción”<sup>129</sup>. La excepción de cosa juzgada será amparada, cuando la pretensión controvertida ha sido objeto de pronunciamiento anterior en un proceso, contando con sentencia firme, siempre y cuando, exista identidad de procesos, esto es, cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos<sup>130</sup>.

El principio de la cosa juzgada consiste en revestir a las sentencias de una calidad especial, en virtud de la cual no se permite que las partes puedan volver a instaurar un segundo proceso con base en los mismos pedimentos y sobre iguales hechos<sup>131</sup>. Este principio obedece a la necesidad de darles el carácter de definitivo a las sentencias y evitar así que se susciten por las mismas cuestiones otros procesos<sup>132</sup>. Para que se presente los supuestos de esta excepción se requiere la presencia de la denominada triple identidad o identidad de procesos. Por lo tanto, se señala que hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellas deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos.

La cosa juzgada otorga seguridad y estabilidad a las decisiones judiciales, por cuanto se impide un nuevo planteamiento del asunto para obtener una nueva

---

órgano jurisdiccional superior. Se dice que es consentida una sentencia cuando las partes o terceros legitimados no han hecho valer en contra de ella el recurso impugnatorio correspondiente, renunciado expresa o tácitamente al medio de la impugnación respectiva, consintiendo en los extremos y sentido en que ha sido fallado el conflicto de intereses. Una sentencia adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando ha quedado firme, sea ejecutoriada o sea consentida. Véase en CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de derecho procesal*, Lima, Grijley, 2004, p. 89.

<sup>129</sup> TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario. “Excepción de cosa juzgada”, *Actualidad Jurídica*, N° 184, marzo 2009, p.129.

<sup>130</sup> IBID., p. 130

<sup>131</sup> La excepción de cosa juzgada procede cuando el hecho demandado ha sido objeto de una resolución firme. Para la admisión de la excepción de cosa juzgada es necesario que el nuevo proceso se sustancie en pretensiones invocadas en el proceso anterior y que exista un pronunciamiento judicial sobre la misma cuestión y entre las mismas partes. Es necesario que el derecho haya sido reconocido en la sentencia expedida con anterioridad. Véase en ZELA VILLEGAS, Aldo. “*Transacción y cosa juzgada*”, *Actualidad Jurídica*, N° 170, enero 2008, p. 39.

<sup>132</sup> Cfr. HERENCIA ORTEGA, Gabriela. “*La autoridad de la cosa juzgada en los autos*”, *Actualidad Jurídica*, N° 160, marzo 2007, p. 55.

declaración de certeza<sup>133</sup>. La cosa juzgada en sentido amplio es la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales esta fuerza se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso<sup>134</sup>.

El Código contempla a la cosa juzgada en el artículo 123<sup>o</sup><sup>135</sup>. La cosa juzgada puede ser analizada por un lado, como aquello que ha sido objeto de decisión judicial y por otro lado, también expresa al efecto de decidir<sup>136</sup>. En consecuencia, la cosa juzgada puede referirse tanto a la decisión en su conjunto o en particular a su eficacia.

La cosa juzgada como eficacia se expresa en tres niveles: a) la cosa juzgada es inimpugnable por cuanto la sentencia firme no puede ser objeto ya de recurso impugnatorio alguno dentro del mismo proceso, b) es inmutable o inmodificable toda vez que ninguna autoridad, aún sea judicial puede mutar o modificar el contenido de lo resuelto en la sentencia firme y c) es coercible, porque en el supuesto de que el demandado no cumpliera voluntariamente con lo ordenado en la sentencia, está expedida eventualmente la ejecución forzada<sup>137</sup>. La doctrina ha distinguido entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material<sup>138</sup>. En la primera, la eficacia de la sentencia es transitoria, porque no se puede impugnar ya la sentencia dentro del proceso donde ha sido expedida, lo que no impide cuestionar

---

<sup>133</sup> La eficacia obligatoria de la cosa juzgada se deriva del hecho de que la sentencia satisface las pretensiones, y una vez que se ha hecho inimpugnable extingue la obligación del estado de proveer y por tanto no se puede revivir un proceso fenecido. No se puede intentar un nuevo proceso si existe uno anterior en el que se ha pronunciado una sentencia que ha hecho a tránsito a cosa juzgada. La inmutabilidad de la sentencia implica una prohibición para resolver sobre lo ya resuelto. La cosa juzgada no es sino la aplicación del principio en virtud del cual la extinción de un derecho subjetivo implica la libertad del sujeto de la obligación jurídica frente al sujeto del derecho subjetivo. IBID, p. 57.

<sup>134</sup> Cfr. CAVANI BRAIN, Renzo. "La sentencia y la autoridad de cosa juzgada en el proceso de alimentos", *Actualidad Jurídica*, N° 178, setiembre 2008, p. 93.

<sup>135</sup> Artículo 123.- Cosa Juzgada.- *Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando: 1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o 2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos. La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda. La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 178 y 407.*

<sup>136</sup> Cfr. GOZAÍNI, Alfredo. *Derecho procesal civil: Teoría general del derecho procesal*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1992. p. 32.

<sup>137</sup> GOZAÍNI, Alfredo. *Derecho procesal civil: Teoría general del derecho procesal...* Op. Cit. p. 34.

<sup>138</sup> GUILHERME MARINONI, Luis. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*, Lima, Communitas, 2008, p. 27.

lo resuelto en otro proceso ulterior, por tanto la sentencia adquiere carácter inimpugnable, pero todavía carece de calidad de inmutable -puede volverse a discutir lo resuelto en otro proceso posterior-<sup>139</sup>. En la segunda, además de ser inimpugnable y coercible la sentencia, adquiere también el carácter de inmutable, al no poderse volver a discutir lo resuelto en otro proceso distinto y posterior. De ello se advierte claramente que la cosa juzgada material.

Los requisitos de la cosa juzgada son: a) Que la sentencia firme haya sido emitida en un proceso contencioso, por tanto, no puede constituir cosa juzgada una sentencia recaída en un proceso no contencioso o voluntario, b) Que exista un pronunciamiento sobre el fondo del litigio, en donde el juez haya emitido un juicio de fundabilidad sobre la pretensión, sea este juicio positivo –demanda fundada- o negativo –demanda infundada-, en consecuencia si la demanda ha sido declarada improcedente, la sentencia inhibitoria así dictada no puede producir los mismos efectos de la cosa juzgada, pues solamente haya pronunciamiento sobre defectos u omisiones de algunos requisitos de la demanda, como podrían ser la falta de interés para obrar o la falta de legitimar para obrar del actor, c) Que el referido proceso contencioso se haya sustanciado y fallado observándose las normas imperativas que garantizan un debido proceso, si hay infracción a éste, la propia Constitución no ampara ni garantiza la cosa juzgada<sup>140</sup>. Es menester también que en el mismo proceso deba desarrollarse con la efectiva intervención de ambas partes, sino que los intervinientes hayan tenido adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y prueba<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> IBÍD. p. 28.

<sup>140</sup> Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Las excepciones en el Proceso Civil*, 3ª ed., Lima, San Marcos, 2004, p. 66.

<sup>141</sup> Podemos agregar como requisitos de procedencia en la excepción de cosa juzgada: a) Identidad de proceso, entre el primero, terminado con sentencia firme y el segundo, en donde terminado con sentencia firme y el segundo, donde se hace valer la excepción. Se ha dejado establecido que la identidad de procesos tiene lugar cuando concurre la triple identidad: de partes, de petitorio y de interés para obrar. En este punto, nos remitimos a lo expuesto sobre identidad de procesos en la excepción de litispendencia, b) Que el primer proceso implicado sea contencioso y haya terminado con sentencia de mérito y firme, es decir, con pronunciamiento sobre el fondo de Litis y que la ley ya no conceda recurso impugnatorio alguno dentro de ese mismo proceso para cuestionar la sentencia emitida, mientras que el segundo proceso implicada debe hallarse en pleno trámite y en donde debe hacerse valer este medio de defensa, seas por el vencedor o por el vencido en el primer proceso, si resulta fundada la excepción de cosa juzgada, además se declarará la nulidad de todo lo actuado – improcedente la demanda- y la conclusión del proceso. Como podemos advertir, esta

De lo anteriormente mencionado, podemos establecer que, el proceso está compuesto por una serie de actos procesales sucesivos que en algún momento tiene que finalizar. Cuando se habla de cosa juzgada nos referimos a que el proceso precisamente ha llegado a ese momento en el que se da por terminado. Por tanto, podemos afirmar que la cosa juzgada supone un mecanismo de equilibrio entre lo que se ha llamado valor-justicia y valor-seguridad jurídica. La cosa juzgada va a determinar que, dentro de unos límites, no quepa volver a conocer sobre aquello que ya fue objeto de resolución, de modo que tarde o temprano la resolución adquirirá las notas de irrevocabilidad e inmutabilidad.

### **2.2.2 Derecho al debido proceso**

El debido proceso conocido también como el dueprocess of law, denominado también como proceso debido, proceso justo, debido proceso legal, derecho de audiencia, derecho de defensa, etc. no es un concepto nuevo pese a su longevidad su estudio sigue interesado a la doctrina<sup>142</sup>. En sus inicios el concepto debido proceso estaba casi restringido a ser una garantía procesal, con él se intentaba frenar las arbitrariedades judiciales como por ejemplo evitar detenciones arbitrarias, confiscación de bienes, de allí que se admitía que nadie podía ser privado de su vida, patrimonio, y su libertad sin debido proceso legal, la jurisprudencia y la doctrina se encargaron de desarrollar este concepto, para

---

excepción tiene carácter de perentoria, pues extingue el proceso y la pretensión. Véase en PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica...* Op. Cit. p. 25.

<sup>142</sup> El desarrollo y evolución del proceso y la necesidad de otorgar garantías a las partes con respaldo constitucional ha permitido el nacimiento de la denominada constitucionalización de la ciencia procesal. El derecho a un debido proceso, es un derecho humano cuyo origen se remonta a Inglaterra en el año 1215, cuando en la Carta Magna promulgada por el Rey Juan de Inglaterra -conocido como Juan sin Tierra- se incorporó la garantía de que nadie sea juzgado sin previo proceso, ante un juez competente y aplicando las leyes vigentes: Ningún hombre debe ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado, y no iremos en su búsqueda, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación. En la Carta Magna expedida por el Rey Juan no apareció la famosa frase con la que hasta hoy se recuerda al debido proceso, esta frase se incorporó recién en 1354 en la Carta Magna reexpedida por el Rey Eduardo que enseña que la traducción correcta de la frase es "procedimiento debido". Asimismo encontramos como antecedente del debido proceso a la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que señala que todo ciudadano debe tener un proceso judicial, como la Decimocuarta Enmienda como restricción al poder del Estado para resolver sin el debido proceso. Véase en SENDRA GIMENO, Vicente. *Derecho procesal civil: El proceso de declaración parte general*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2007. p. 62.

llevarlo a constituirse en un derecho constitucional, fundamental y humano del cual no debe estar desprovisto ningún sujeto de derecho en la sociedad contemporánea.

Cuando al Estado se le exige el otorgamiento de tutela jurisdiccional -vía el ejercicio del derecho de acción o de derecho de contradicción- se exige también que ésta tutela sea otorgada en el proceso con garantías mínimas<sup>143</sup>. Esto significa que el Estado no sólo debe abocarse a resolver el conflicto de intereses - a través de la sentencia- sino que a esta decisión debe llegarse después de haberle otorgado a las partes las garantías mínimas para que puedan obtener de manera satisfactoria la tutela que exigen del Estado, esta decisión debe estar enmarcada dentro del contexto de una decisión justa no arbitraria.

La doctrina ha señalado que el derecho al debido proceso tiene dos vertientes: La primera de orden procesal (iter procesal) que incluye las garantías mínimas que el sujeto de derecho como parte debe tener en un proceso, aquí encontramos el derecho al juez natural, derecho a probar, derecho a impugnar, derecho a doble instancia, derecho a ser oído, derecho de defensa, etc. La otra vertiente de la institución está referida al derecho a exigir una decisión justa (aspecto sustantivo)<sup>144</sup>.

La constitucionalización del proceso supone crear condiciones para entender lo que es debido. No se trata, ahora de un mensaje preventivo dirigido al Estado, ni de asegurar los mínimos exigibles en el derecho de defensa, ay una construcción

<sup>143</sup> Cfr. MONTOYA ANGUERRY, Carlos. “*El debido proceso es alcanzar la finalidad del proceso: resolver el conflicto suscitado*”, *Actualidad Jurídica*, N° 207, febrero 2011, p. 87.

<sup>144</sup> Igualmente se puede estudiar al debido proceso como un parámetro de control del proceso judicial, es decir, la posibilidad de la corrección no sólo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes. El debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal, que se traduce en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja, que no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también como un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad e eficacia. Se puede precisar que por medio del desarrollo del debido proceso, tienes tres distintos sentidos: a) El del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley, y conformidad con ella en la material procesal, b) La creación del debido proceso constitucional o debido proceso, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal y c) El desarrollo del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del derecho Constitucional. Véase en GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil*, Tomo I, 6ª ed., Madrid, Thomson, 2003, p. 77.

específica que comienza desde la entrada del proceso y continúa a través de toda la instancia culminando con el derecho a una sentencia suficientemente motivada, que pueda ser ejecutada y cumplida como los jueces han ordenado<sup>145</sup>. El derecho a un debido proceso, es una manifestación procesal, es aquel que pertenece a todo sujeto de derecho y le permite estar en aptitud de exigir que sus conflictos de intereses o incertidumbres sean resueltos respetando garantías mínimas, a través de una decisión objetivamente justa y eficaz, aun cuando no necesariamente favorable a sus intereses<sup>146</sup>.

El instituto del derecho a un debido proceso, se encuentra en formación, por lo cual no se le puede dar una definición definitiva, porque no se ha estancado en el tiempo, por el contrario ha venido evolucionando desde la fecha que habló de garantías mínimas en el proceso<sup>147</sup>. Sin embargo, podemos señalar que el Derecho a un debido proceso es un derecho humano, se trata de un derecho inherente a cualquier sujeto de derecho, que se involucre en un conflicto sujeto a resolución por parte de un tercero imparcial, sea esta autoridad judicial, administrativa, corporativa u de otra naturaleza<sup>148</sup>. El objeto de este derecho es otorgar a las partes involucradas en el conflicto, garantías mínimas para ejercitar sus derechos en el proceso, siempre en situación de igualdad y desterrando cualquier forma de indefensión y por ende la afectación de cualquier derecho de las partes, de tal manera de que lo que resulte en el conflicto se encuentre dentro de los parámetros de una resolución justa, con criterio de proporcionalidad y

---

<sup>145</sup> GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal ...*, Op. Cit., p. 78.

<sup>146</sup> Comparte además la posición de que el derecho a un debido proceso es un derecho fundamental, pues constituye un elemento esencial u obligatorio en toda sociedad que se enmarque dentro de un Estado de Derecho, en tanto garantiza la dignidad de quienes la conforman y asegura que la solución de sus conflictos o incertidumbres contribuya a la convivencia pacífica. Se entiende al debido proceso como garantía y derecho fundamental de todos los justiciables que les permitirá, una vez ejercitado el derecho de acción, que puedan, efectivamente, acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que llevan a una autoridad encargada de resolverlo a pronunciarse de manera justa equitativa e imparcial. Es decir, aquellos elementos mínimos que resultan exigibles por los justiciables para que el proceso que se desarrolle pueda permitirle acceder a la cuota mínima de justicia a la que éste debe llevarle. De esta manera, el proceso se constituirá en el vehículo que proporciona y asegura a los justiciables el acceso a la justicia, entendida ésta como valor fundamental en la vida en sociedad. Véase en RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Elvito. *Derecho procesal civil*, 4<sup>a</sup> ed., Lima, Grijley, 2000, p. 101.

<sup>147</sup> IBID, p. 102.

<sup>148</sup> Cfr. SENDRAGIMENO, Vicente. *Derecho procesal civil: El proceso de declaración parte general...*, Op. Cit. p. 99.

razonabilidad. El cumplimiento del derecho a un debido proceso e todo conflicto sujeto a resolución por un tercero, contribuye al fortalecimiento del Estado de Derecho en una sociedad con valores democráticos sólidos.

Las características del debido proceso son: a) Es un derecho de efectividad inmediata, es aplicable directamente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, no pudiendo entenderse en el sentido que su contenido se encuentra supeditado a la arbitraria voluntad del legislador, sino a un razonable desarrollo de los mandatos constitucionales, b) Es un derecho de configuración legal, en la delimitación concreta del contenido constitucional protegido es preciso tomar en consideración lo establecido en el respectiva ley, c) Es un derecho de contenido complejo, no posee un contenido que sea único y fácilmente identificable, sino reglado por la ley conforme la Constitución<sup>149</sup>.

En la doctrina procesal se menciona como reglas, elementos, aristas, expresiones del debido proceso, sin embargo hoy se les conoce como principios del debido proceso, entre ellos encontramos: a) Un juez natural: Esto implica la necesidad de recurrir para la solución de un conflicto de intereses ante el juez previamente establecido por la norma jurídica que determina la competencia<sup>150</sup>. El juez natural es el llamado por la ley-juez ordinario predeterminado - y no por el capricho de las partes ni el ejercicio abusivo del poder por parte de los gobernantes para proteger intereses subalternos<sup>151</sup>. El órgano jurisdiccional debe estar establecido por la Ley anterior a los hechos que se ventilan en el proceso. Es importante mencionar que este derecho corresponde tanto al demandante como al demandado, el primero debe recurrir ante el Juez predeterminado por la ley, en tanto que el segundo

---

<sup>149</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica...* Op. Cit. p. 27.

<sup>150</sup> Este derecho implica que nadie pueda ser desviado de la competencia del juez ordinario o natural, también supone que no se puede derivar el conocimiento de un proceso a un juez que no se puede derivar el conocimiento de un proceso a un juez que no le corresponda conocer por disposición de la ley. Implica no sólo la existencia de un juez competente sino también de un juez imparcial. El derecho al juez natural implica igualmente, que este sea competente, independiente e imparcial. La competencia entendida con la adecuada distribución de la jurisdicción entre los jueces que conforman el Poder encargado de esta labor es la llamada a señalar qué juez se encuentra en capacidad de asumir competencia para la solución de determinados conflictos que se generen en la sociedad. De ahí que se sostiene que todos los jueces ejercen función jurisdiccional, es decir que pueden resolver conflictos de intereses o aclarar válidamente esta gran masa de conflictos, por ello se estructura la competencia de acuerdo a la materia, al a jerarquía, a la cuantía, al territorio, etc. Véase en CAMACHO, Azula. *Manual de derecho procesal*, Tomo I, 9ª ed. Bogotá, Temis, 2006, p. 66.

<sup>151</sup> IBID. p. 67.

debe ser emplazado por el juez competente. El juez que intervenga y decida un proceso, para responder al modelo constitucional de proceso justo, ha de venir predeterminado según normas legales predeterminadas. Las normas sobre competencia objetiva, funcional y territorial, asimismo como las que regulan el reparto o distribución interna de los asuntos entre los Juzgados y Tribunales, son las que sirven para delimitar esta exigencia en cada caso concreto. b) Ser oído: Este derecho está basado en la necesidad de que el demandado en un proceso debe tener un emplazamiento válido, es decir, debe ser notificado de la forma más adecuada y segura con el propósito de manifestar su posición frente al juez, respecto de la pretensión formulada por el actor. En un proceso para hacer efectivo el debido proceso a partes deben tener la posibilidad de presentar su posición ante el juez, es decir tener no sólo de ser oído sino de presentar sus argumentos de defensa por escrito, por ejemplo a través de la contestación de demanda donde con su posición enfrenta directamente la pretensión, proponiendo excepciones, con las cuales cuestiona la relación jurídica procesal para extinguirla o para regularizarla o absolviendo un traslado. Este derecho no garantiza que el demandado pueda aparecer en el proceso hacer efectivo el mismo, más por el contrario puede ocurrir que éste no conteste la demanda negándose a enfrentar de manera categórica la pretensión formulada en el proceso, sino por el contrario deje transcurrir el plazo otorgado para ejercitarlo y guarda silencio, es decir, no ejercita su derecho de contradicción. Esto implica que este derecho se hace efectivo sólo con el emplazamiento válido, es decir, que sea notificado de forma correcta con la demanda, auto admisorio y todos los anexos en su domicilio real o en el que le corresponda, otorgándole un plazo razonable para ejercitar su defensa. Para que se haga efectivo el derecho a ser oído se requiere tener acceso a la jurisdicción sin ningún tipo de restricciones, fundamentalmente cuando se trata de ejercer el derecho de defensa. c) Plazo razonable: “Suele llamársele derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz que propone una lucha frontal contra la demora judicial debido a que el juez debe resolver en tiempo justo muy a pesa del plazo del dispositivo legal”<sup>152</sup>. El tiempo en el proceso es necesario para que el juez resuelva con la mayor certeza posible, sin embargo, el juez debe ser también un buen administrador del tiempo en el proceso, a fin de no

---

<sup>152</sup> GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil...*, Op. Cit. p. 83.

propiciar justicia postergada. Se acentúa esta prioridad en los procesos constitucionales. Aunque somos conscientes de que el vocablo plazo razonable es un término que puede prestarse a una gran variedad de interpretaciones que impediría señalar en cuestión de tiempo qué número de meses, días o minutos son necesarios para entender que la decisión judicial se dictó en plazo razonable, siendo un principio y no una regla<sup>153</sup>. La demora injustificada por parte del órgano jurisdiccional en dictar los actos procesales y sobre todo en resolver el conflicto (sentencia) debe ser desterrada de la práctica judicial, aunque existe factores en la realidad que impiden no ver realizado este derecho cotidianamente, como lo es la excesiva carga procesal, la complejidad del asunto a resolver, la falta de participación de las partes en actos procesales necesarios para avanzar con el proceso, la conducta procesal de las partes, muchas veces obstruccionista y otras tantas con quebrantamiento al principio de buena fe, las dilaciones innecesarias, entre otros. Resolver un proceso en un tiempo razonable no significa resolverlo en el plazo marcado por la ley. El cumplimiento de los plazos reviste un carácter meramente indiciario para la apreciación de la infracción de un derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Por tanto, su apreciación requiere algo más que a dilación producida adquiere y revista trascendencia suficiente. La razonabilidad es una noción con gran carga valorativa, no va a existir una regla universal que clarifique cuando estamos ante la superación del plazo razonable o la dilación indebida. d) Asistencia de letrado: El derecho a ser oído pone de manifiesto la necesidad de que el demandado ejercite su derecho de defensa con la ayuda en este caso del abogado defensor. “Este derecho también le asiste al actor quien necesariamente debe contar con el auxilio del abogado para proponer su

---

<sup>153</sup> Este principio establece que las partes en el proceso no pueden esperar que las decisiones judiciales se dicten acorde al libre arbitrio del juez, sino que los actos procesales sean realizados en un plazo razonable, entendido éste como el menor tiempo posible que debe tomarse el juez para resolver cualquier situación en el proceso. Este principio de alguna manera está vinculado a los principios de celeridad y economía procesal. De tomarse en cuenta que en el proceso civil, los plazos para cada acto procesal, se encuentran establecidos de forma concreta en el dispositivo legal, por lo cual el juez debe ceñirse al tiempo necesario que tiene para realizarlo, por ello cuando el conflicto no se resuelve de manera oportuna, haber excedido no solo el plazo legal, sino aquel que es aceptable o razonable, acorde con las circunstancias del caso concreto, se habla de un atentado a este derecho. Siendo la demora injustificada del juez en resolver determinada situación en el proceso un supuesto de responsabilidad civil, susceptible de indemnizar. Véase en TOLEDO TORIBIO, Omar. *Nulidad de cosa juzgada*, Lima, Grijley, 2009, p. 72.

pretensión en el proceso”<sup>154</sup>. La asistencia del letrado para las partes en el proceso judicial está basado en la confianza, se requiere que las partes encomienden a la persona que a su consideración sea la más idónea para la defensa de los intereses que se han cifrado en el proceso, esta confianza debe ser retribuida adecuada y eficaz, basada en la buena fe, probidad y veracidad. e) Prueba: En nuestro medio se viene proponiendo una visión más amplia de la prueba, señalando que el carácter fundamental del derecho a probar no sólo implica que todos los sujetos de derecho puedan ejercerlo dentro de un proceso judicial. “Constituye un elemento esencial del ordenamiento jurídico que contribuye a darle sus contenidos básicos e informa la organización jurídica y política del Estado con propia fuerza normativa”<sup>155</sup>. De lo anteriormente dicho podemos deducir que el derecho a probar es aquel derecho subjetivo perteneciente al grupo de los llamados derecho fundamentales, que tiene todo sujeto de derecho por el solo hecho de serlo, que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento en el que interviene o participa, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa<sup>156</sup>. Podemos afirmar que el derecho a probar en un proceso judicial, arbitral, procedimiento administrativo o de cualquier otra índole, no es un simple derecho o elemento del debido proceso, es por el contrario reconocido por el derecho constitucional como un derecho fundamental, teniendo la misma jerarquía y nivel del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a la acción, derecho de contradicción<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> El derecho a la asistencia de un letrado para actuar en un proceso civil resulta necesaria, pues además de garantizar un adecuado ejercicio del derecho de defensa, se constituye también como un requisito de la postulación. Sin embargo, en el proceso penal es casi un derecho consustancial para el imputado, en este proceso el juez debe cuidar de manera estricta que el procesado en todas las actuaciones judiciales cuente con la participación de su abogado defensor. Este principio se ha flexibilizado actualmente. Véase en SOSA SACIO, Juan. *El debido proceso, estudios sobre derecho y garantías procesales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2010, p. 89.

<sup>155</sup> IBID. p. 90.

<sup>156</sup> Cfr. ZUMAETA MUÑOZ, Pedro. *Tema de la teoría del proceso – Derecho procesal civil*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 54.

<sup>157</sup> Este derecho abre la posibilidad de que las partes en un proceso, al afirmar o negar un hecho deben tener oportunidad de probarlo, de ahí que nuestro ordenamiento y en particular el derecho procesal desarrollo la carga de la prueba siempre sobre los hombros de quien afirma

De esta manera, podemos afirmar que el debido proceso es un derecho fundamental, que se materializa en aquellas garantías mínimas e ineludibles que permiten el resultado justo, equitativo e imparcial en un proceso. Por ejemplo, ser escuchado, tener un abogado, ofrecer pruebas, un juez predeterminado, una sentencia motivada y oportuna, la doble instancia.

### **2.2.3 Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva**

El derecho a la tutela jurisdiccional no solamente es un derecho procesal y un derecho constitucional, sino que es esencialmente un derecho humano, un derecho fundamental<sup>158</sup>. El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva vincula al poder público y a los particulares, de tal modo que impone al legislador, a la hora de diseñar los procedimientos, su respeto al contenido esencial y una configuración legal adecuada para viabilizar los derechos materiales<sup>159</sup>. Igualmente impone al juez el deber de respetar y dar efectividad, al resolver el caso llevado a su instancia, a este derecho fundamental en miras a realizar los derechos materiales comprometidos en el litigio y a concretar el valor justicia

En nuestro ordenamiento jurídico los derechos a la tutela jurisdiccional y al debido proceso están reconocidos por nuestra Constitución de 1993, en el artículo 139°<sup>160</sup>. Siendo derechos fundamentales, tienen mecanismos de protección

---

o niega un hecho. Es claro en nuestro sistema, que este derecho corresponde tanto al actor como al demandado, el primero tiene la oportunidad de probar los hechos que sustentan la pretensión, utilizando los medios de prueba idóneos para el efecto de no hacerlo su pretensión recibirá un criterio de fundabilidad negativa (infundada), en cuanto al segundo, corresponderá luego del emplazamiento válido ejercitar su derecho de contradicción y en esta etapa negar los hechos afirmados por el actor, esta negativa debe tener un respaldo probatorio, de lo contrario triunfará en el proceso la posición del demandante. IBID., p. 56.

<sup>158</sup> El derecho a la tutela jurisdiccional, como derecho humano, existe con independencia de su positivización en instrumentos nacionales e internacionales, pues desde que el Estado prohíbe la autodefensa o justicia por mano propia, debe reconocer el derecho a recurrir a jueces para dirimir los conflictos de intereses que surgen en el seno de la comunidad. Por tanto, el derecho a la jurisdicción, como los demás derechos humanos, es un derecho que corresponde a todos los hombres por el mero hecho de serlo, los ordenamientos jurídicos se limitan a positivizarlo, al igual que hacen con otros principios del derecho natural recogidos por el ordenamiento. Véase en MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Principios del derecho procesal civil*, 3ª ed., Colombia, Themis, 1988, p. 26.

<sup>159</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Principios del derecho procesal civil...* Op. Cit. p. 27.

<sup>160</sup> Artículo 139° de la Constitución Política del Perú. *Son principios y derechos de la función jurisdiccional: "...3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales*

mediante el amparo constitucional previsto en la misma Carta Política. Por otro lado, nuestro Código Procesal Civil, en el título preliminar, se reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional y al debido proceso, en el artículo I Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva<sup>161</sup>.

El concepto de tutela jurídica, se entiende como la satisfacción efectiva de los fines del Derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas<sup>162</sup>. La tutela jurisdiccional procesal efectiva es aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan variados derechos y que, de modo enunciativo, comprende: a) El acceso al órgano jurisdiccional, b) el derecho a probar, c) de defensa, d) el contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, e) a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos a los previstos por la ley, f) a la obtención de una resolución fundada en derecho, g) a acceder a los medios impugnatorios regulados, h) a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, i) a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales<sup>163</sup>. El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con una garantías establecidas<sup>164</sup>. Mejor dicho, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho público subjetivo que toda persona tiene para acceder a tribunales independientes o imparciales, con el fin de plantear una pretensión o defenderse de ella, a través de un proceso justo y razonable<sup>165</sup>. En el

---

*de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación...*

<sup>161</sup> Artículo I del Código Procesal Civil.- *Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.*- “*Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso*”.

<sup>162</sup> Cfr. COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 479.

<sup>163</sup> Como puede verse, la tutela procesal efectiva es una situación jurídica, que comprende una variedad de derechos. Sin embargo, a pesar de esto consideramos que es muy importante que el ordenamiento jurídico lo siga reconociendo como un derecho fundamental o complejo, que comprende varios derechos igualmente fundamentales. Véase en GUILHERME MARINONI, Luis. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada...* Op. Cit. p. 44.

<sup>164</sup> Cfr. TICONA POSTIGO, Víctor. *El derecho al debido proceso en el Proceso Civil, doctrina, legislación y jurisprudencia*, 2ª ed., Lima, Grijley, 2009, p. 16.

<sup>165</sup> El derecho de tutela judicial efectiva, constituye la manifestación constitucional de determinadas instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en cautelar el real, libre e irrestricto acceso de todos los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo de los órganos competentes del Estado, a través de un debido proceso que revista los elementos

que se respeten los derechos que corresponden a las partes, así como para que dichos tribunales emitan una decisión jurisdiccional sobre la pretensión o la defensa, y en su oportunidad ejecuten esa resolución.

Es por ello, que podemos afirmar que el derecho a la tutela jurisdiccional, tiene como sujeto activo, a toda persona sea natural o jurídica, capaz o incapaz, persona jurídica de derecho público o de derecho privado, nacional o extranjero, cualquier sea su sexo, condición social, económica y cultural, toda persona, tenga la calidad de demandante o demandado, es titular de este derecho, por tanto todo sujeto de derecho es titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, tenga o no el ejercicio de sus derechos civiles y políticos; el sujeto pasivo de este derecho, es el obligado a satisfacer la prestación de la actividad jurisdiccional con las garantías mínimas que aseguren al justiciable un juzgamiento imparcial y justo.

En conclusión, en el presente capítulo, hemos desarrollado el interés superior del niño/niña que exige tomar en cuenta o en consideración al niño/niña como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado. El interés superior del niño/niña es un principio del derecho. La Convención internacional sobre los Derechos del niño, establece el interés superior del niño/niña como un principio general del derecho y estándar jurídico básico que rige las relaciones de los niños con el mundo adulto, en tanto que son sujetos de derecho. Dicho principio debe ser respetado en todos los procesos, y de la misma manera debe ser tomado en cuenta para la aplicación e interpretación de las leyes. De la misma hemos desarrollado la seguridad jurídica procesal, que es la garantía dada al individuo por el Estado de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados por la

---

necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas, que culmine con una resolución final ajustada a derecho y con un contenido mínimo de justicia susceptible de ser ejecutada coercitivamente y que permita la consecución de los valores fundamentales sobre los que se cimienta el orden jurídico en su integridad. Por nuestra parte consideramos que el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho público, subjetivo y abstracto que tiene toda persona, sea actor o emplazado, que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento, imparcial y justo, ante un juez competente, independiente y responsable, con el fin de que en un plazo razonable y en forma motivada se pronuncie sobre las pretensiones y medios de defensa propuestos oportunamente en la sentencia. Véase en MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Principios del derecho procesal civil...*, Op. Cit., p. 28.

sociedad, la protección y reparación de los mismos, la seguridad jurídica es la certeza del derecho que tiene el individuo de modo que su situación jurídica no será modificada. En la seguridad jurídica procesal, se desarrolla: el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y la excepción de cosa juzgada, que dentro de un proceso judicial, se deben de garantizar la para asegurar la seguridad jurídica procesal.

### **Capítulo 3**

#### **Análisis de la Jurisprudencia N°00550-2008-PA**

En el presente CAPÍTULO desarrollaremos la postura crítica de la jurisprudencia materia de nuestro análisis, mediante el desarrollo del derecho a la identidad del menor en el interés superior del niño que exige considerar como elementos la dignidad del ser humano y las características propias de los niños/niños y ponderar las características particulares de la situación en la que se encuentra el niño/niña, también debe necesariamente tomarse en cuenta la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños/niñas, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Es por esto que analizaremos la jurisprudencia N°00550-2008-PA, por medio del estudio del derecho a la identidad, derecho a la verdad biológica y el derecho a saber y llevar los apellidos de los progenitores, así como también el estudio de los principios de proporcionalidad y de necesidad para determinar de esta manera si existe o no una vulneración a los derechos del presunto padre dentro de un proceso de filiación extramatrimonial.

#### **3.1. Derecho a la identidad, derecho a la verdad biológica y derecho a saber y llevar los apellidos de los progenitores**

##### **3.1.1. Derecho a la identidad**

Es el derecho que tenemos todas las personas de conocer por quienes hemos sido concebidos, lo cual abre la posibilidad de identificar a aquellos que nos dieron la vida. “De esta manera, se puede definir el derecho a la identidad es un derecho humano y por lo tanto fundamental para el desarrollo de las personas y de las sociedades”<sup>166</sup>. Este derecho comprende diversos aspectos que distinguen

---

<sup>166</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético*, 48ª ed, Lima, Grijley, 2001, p. 226.

a una persona de otra, incluyendo el derecho a tener un nombre y a la posibilidad de identificación a través de un documento de identidad. Así pues podemos asumir, la identidad personal supone reconocer a la persona como es ella misma, delimitada por sus propios caracteres físicos y su propio comportamiento<sup>167</sup>. Es pues o que constituye la verdad misma de la persona, no solo considerada individualmente, sino en su dimensión social, en relación con los demás.

Se hace referencia a la identidad biológica, la cual está relacionada con el nombre de los progenitores, el lugar de nacimiento, etc., es decir, todas las características con las cuales se pueda identificar a una persona<sup>168</sup>. La identidad personal, supone reconocer a la persona como es ella misma, delimitada por sus propios caracteres físicos y su propio comportamiento<sup>169</sup>. Es pues lo que constituye la verdad misma de la persona, no solo considerada individualmente, sino en relación con los demás, lo que constituye su dimensión social.

Podemos afirmar entonces que por el derecho a la identidad, el sujeto está facultado a que se le reconozca como el mismo y no como otro. La identidad del ser humano, en tanto éste constituye una unidad presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter espiritual, psicológico y otros son de diversa índole, cultural, religioso, etc.<sup>170</sup>. Estos diversos elementos son los que en conjunto caracterizan y perfilan el ser uno mismo y no otro. Todas estas características de la personalidad permiten a los demás conocer a las personas. En consecuencia, el derecho a la identidad personal es ser uno mismo, representado con sus propios caracteres y sus propias acciones constituyendo la misma verdad de la persona.

Por otro lado, es importante afirmar que el derecho a la identidad guarda una estrecha relación con el derecho a la verdadera filiación, este derecho demanda que no existan normas jurídicas que obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es el padre<sup>171</sup>. La investigación de paternidad está por encima de cualquier otro derecho, de esta manera, ante la

---

<sup>167</sup> Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético...*, Op. Cit. p. 227.

<sup>168</sup> Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Lima. Universidad de Lima. 1990, p. 170.

<sup>169</sup> IBID., p. 171.

<sup>170</sup> Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético...*, Op. Cit., p. 229.

<sup>171</sup> Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el derecho de las personas...*, Op. Cit., p. 173.

colisión de derechos, el de la identidad debe prevalecer, en pro del interés superior del niño/niña.

El derecho a la identidad se encuentra regulado de manera expresa en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993, el cual refiere: “Derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y su libre desarrollo y bienestar...”. El Tribunal Constitucional ha desarrollado doctrinariamente el derecho a la identidad como un atributo de la persona, entendido como aquel derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. “Es decir cada ser tiene características especiales inherentes a su persona, lo cual lo individualiza como un ser único en su esencia”<sup>172</sup>. Cuando una persona invoca su derecho a la identidad, busca que se le distinga de otras personas, pero no únicamente en base a criterios objetivos (el nombre, seudónimos, registros, herencia) sino que tal derecho debe proyectarse a una visión integral del mismo, que implica también una verdad personal que es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto anhela conocer y desentrañar (conocer su verdad biológica), en virtud a que la protección constitucional del derecho a la identidad se dirige a evitar un falseamiento y desnaturalización tanto del mismo sujeto, como en lo que concierne a su proyección social.

El derecho a la identidad consiste en que todo niño o niña tiene derecho a ser inscrito/a inmediatamente después de su nacimiento; a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos<sup>173</sup>. El Estado tiene la obligación, cuando un niño o niña sea privado/a ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, de prestar la asistencia y protección apropiada para permitir restablecer rápidamente reconocer a su hijo o hija en el momento de su nacimiento<sup>174</sup>. De esta manera podemos establecer que la identidad es lo que hace a alguien tener una referencia como ser pleno frente a los otros que forman la sociedad. No existe posibilidad humana de cambiar, suplantar o suprimir la identidad sin provocar

---

<sup>172</sup> MERINO MARTINEZ, Catalina. *El derecho a conocer el propio origen biológico*, Colombia, Editorial Leyer, 2009, p. 45.

<sup>173</sup> IBID., p. 46.

<sup>174</sup> Cfr. SANTOS CIFUENTES, Carlos. *El derecho a la identidad y la influencia en Argentina*, Lima, Motivensa editora jurídica, 2009, p. 115.

daños gravísimos en el individuo, perturbaciones propias de quien, al no tener raíces, historia familiar o social, ni nombre que lo identifique deja de ser quien es sin poder transformarse en otro. El objetivo de esta protección se dirige al reconocimiento de uno de los derechos fundamentales como es el derecho a la identidad, el cual no debe ser falseado ni desnaturalizado, más aun cuando convergen en él, intereses de menores, por ejemplo en el caso de un proceso de filiación extramatrimonial, la identidad del niño queda establecida, por medio de la prueba del ADN.

### **3.1.2. El derecho a la verdad biológica**

Se dice que algo es verdadero cuando coincide con lo real, verdad es la adecuación con la realidad, la verdad biológica se sustenta en la biología, en la transferencia de genes entre progenitores y generados, utiliza el presupuesto biológico o genético de la filiación<sup>175</sup>. El ser humano es un conjunto celular y genómico, el cual se transforma a partir de las características de los progenitores, que surge al momento de la concepción, cuando el núcleo del espermatozoide intercambia su información aportada por los progenitores del procreado y de ella la posibilidad de determinar con certeza el origen biológico o verdad biológica del ser humano<sup>176</sup>.

Este derecho le confiere a cualquier persona la posibilidad de conocer su origen y su identidad filiatoria, por lo tanto consagra el derecho de saber quién lo engendró con la posibilidad de poder conocerlo y relacionarse con él<sup>177</sup>. El derecho a la verdad biológica importa, desde luego una facultad propia y natural del ser humano que le permite averiguar quién es su progenitor y el hecho mismo de saber cuál es la verdad de su origen biológico<sup>178</sup>. Todo ser humano cuenta con una filiación, por el solo y único hecho de haber sido engendrado. “Esta es la denominada filiación biológica, que surge del acto propio de la concepción en relación a los progenitores. La identidad biológica implica el derecho a conocer la

---

<sup>175</sup> Cfr. ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo IV, 9<sup>a</sup> ed., Barcelona, Bosch, 2002, p. 99.

<sup>176</sup> IBID., p. 100.

<sup>177</sup> Cfr. BELLUSCIO, Augusto Cesar. *Manual de derecho de familia*, Lima, 7 ed., Argentina, Astrea, 2004, p. 45.

<sup>178</sup> Cfr. ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia...*, Op. Cit., p. 102.

fuelle de donde proviene la vida”<sup>179</sup>. El derecho a la verdad biológica o la filiación biológica le confiere a cualquier persona la posibilidad de conocer su origen y su identidad filiatoria.

Todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado. Esta es la denominada filiación biológica, que surge del acto propio de la concepción en relación a los progenitores<sup>180</sup>. Cuando se hace referencia a la filiación biológica, esta responde a la verdad biológica de la persona, al hecho natural de su existencia en el mundo y además el derecho a conocer a sus progenitores, así pues al referirse a la identidad biológica, implica el derecho a conocer la fuente de donde proviene la vida, la dación cromosómica y genética particular, así como los transmisores de ellos, los progenitores o padres y cuando se habla de una filiación legal, esta obedece a una verdad formal que se desprende de la propia ley.

El derecho de verdad biológica o la filiación biológica le confiere a cualquier persona a posibilidad de conocer su origen y su identidad filiatoria. “El principio de veracidad biológica, pretende asegurar a toda persona el derecho a conocer su origen, permitiéndole emplazarse en el estado de familia que le corresponde a su realidad biológica”<sup>181</sup>. Es que todo juicio de filiación está comprometido no sólo el interés privado sino también el público, en la medida que se discute el estado de familia de una persona.

Es por esto que, el derecho a la verdadera filiación y el derecho a la identidad personal demandan que las normas jurídicas no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo. El derecho a conocer la identidad biológica del niño debe privar por sobre el derecho a la intimidad que pretende ejercerse abusivamente por quien se niega a realizarse estas pruebas, contrariando los deberes de colaboración o cooperación vigentes en el proceso de filiación extramatrimonial.

---

<sup>179</sup> BELLUSCIO, Augusto Cesar. *Manual de derecho de familia...*, Op. Cit. p. 47.

<sup>180</sup> Cfr. CAFFERATA IGNACIO, José. *La filiación natural...*, Op. Cit., p. 123.

<sup>181</sup> ARNAO PIZON, Grissel. *La prueba de ADN en el proceso de filiación extramatrimonial peruano*, Tesis para obtener el título de Abogada, Chiclayo, Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, 2010, p. 66.

### **3.1.3. El derecho a saber y llevar los apellidos de los progenitores**

Es importante, centrándonos en la problemática de nuestra investigación, resaltar el hecho de que conocer nuestro origen biológico está muy por encima de cualquier normativa que limite el mismo. “El derecho a conocer o a saber del propio origen biológico es una facultad propia y natural del ser humano que, sustentada en el principio de la verdad biológica, le permite el ejercicio de averiguar quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido”<sup>182</sup>. El derecho a saber nuestro propio origen biológico debe considerarse el derecho de toda persona a conocer su identidad biológica, su verdad personal, su historia, que no le puede ser amputada o borrada<sup>183</sup>. Como sabemos, todos tenemos un origen, el cual no puede ser materia de cuestionamientos, porque es parte de nuestra verdad, la cual no puede ser sujeta o estar sometida a normas establecidas por los legisladores, puesto que es anterior a ellas.

Este derecho implica, poder conocer la propia génesis, su procedencia, es una aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico lo trasciende. La búsqueda de sus raíces da razón de ser al presente a través del reencuentro con una historia individual y grupal irreplicable, resultando esencial en las etapas de la vida en las cuales la personalidad debe consolidarse y estructurarse<sup>184</sup>. En efecto, el derecho, de conocer nuestro origen biológico, es un derecho innato a nosotros, el cual debe respetarse, así concurren circunstancias ajenas al menor, que lo

---

<sup>182</sup> SANCHO REBULLIDA, Francisco, *La batalla jurídica de la familia*, Córdoba, Editorial La Ley, 2002, p. 66.

<sup>183</sup> IBID., p. 67.

<sup>184</sup> Naturaleza del derecho a conocer a los padres: a) En su vertiente subjetiva: se protege en primer lugar, frente a las posibles disposiciones legales que lo hagan ineficaz por desconocer su contenido esencial, y en segundo lugar, es necesario brindarle una protección positivizada, que garantice este derecho no solo frente a los eventuales ataques que provengan del poder público, sino también frente a los provenientes de los particulares. b) En la perspectiva objetiva: el derecho a conocer a los padres viene a constituir un criterio hermenéutico preferente a tener en cuenta en todo el proceso de creación o aplicación del Derecho. Resulta vinculante para el legislador tanto en su contenido esencial como en la creación, interpretación y aplicación del resto de las normas del ordenamiento jurídico. Además, también implica que el derecho a conocer a los padres, al igual que cualquier otro derecho fundamental, solo podrá ser desarrollado mediante ley que en todo caso no afecte su contenido esencial. De ello se desprende que las limitaciones que el legislador pueda imponer al ejercicio de este derecho están limitadas desde un punto de vista forma y material. Véase en BELLUSCIO, Augusto Cesar. *Manual de derecho de familia...* Op. Cit. p. 49.

impidan, porque como se mencionó anteriormente es parte de la verdad de cada uno de nosotros, la cual nadie puede intentar borrar o eliminar de nuestra vida. El derecho a conocer a los padres no solo es un derecho subjetivo de defensa, sino que es también, un derecho que lleva consigo obligaciones positivas a cargo del Estado, y cuyas decisiones que pueda imponer al ejercicio de este derecho están a su vez limitadas.

En el sistema Peruano, el derecho a conocer el propio origen biológico no es un derecho expreso en la Constitución, pero se podrá decir que está reconocido tácitamente con la dignidad e identidad<sup>185</sup>. Los fundamentos que determinan la existencia de este derecho están íntimamente relacionados con el derecho a conocer la identidad del progenitor o el derecho a conocer a sus padres, el niño tiene derecho a saber quién es su progenitor o el derecho a conocer a sus padres, el niño tiene derecho a saber quién es su padre biológico<sup>186</sup>. Pues bien, al encontrarse este reconocimiento tácito, del derecho a conocer el propio origen biológico en el derecho a la identidad y dignidad, éste se consolida en la propia personalidad del ser humano y contribuye a su desarrollo como tal, además de ello, el derecho a conocer el propio origen biológico, dignifica a la persona y contribuye al desarrollo de la personalidad desde una doble perspectiva: material (porque determina la filiación, los padres se verán obligados a atender las necesidades del menor) y espiritual (porque potencia el libre desarrollo de la personalidad del hijo).

El apellido es la designación común de los miembros de una familia o de una estirpe, y cada individuo lleva el que le corresponda. Los apellidos son elementos esenciales del nombre, ya que definen la identidad de la persona. “Por ello, toda persona tiene el derecho a llevar los apellidos de sus padres, debiendo dicha regla regir, tanto para los hijos matrimoniales como para los hijos extramatrimoniales”<sup>187</sup>. Un elemento esencial a los fines de la identificación es indudablemente el nombre, ya que toda persona tiene derecho a la identidad.

---

<sup>185</sup> Cfr. CALDERÓN PUERTAS, Carlos Alberto y ZAPATA JAEN, María Elisa. *Persona, derecho y libertad. Nuevas perspectivas*, Perú, Motivensa editora jurídica, 2005, p. 78.

<sup>186</sup> Cfr. HERRERA, Marisa, “*La identidad en serio. Un debate inconcluso sobre la compulsión de las pruebas biológicas en los juicios de filiación*”, *Revista de derecho de familia*, Marzo, 2007, p. 64.

<sup>187</sup> CALDERÓN PUERTAS, Carlos Alberto y ZAPATA JAEN, María Elisa. *Persona, derecho y libertad. Nuevas...*, Op. Cit. p. 79.

Dicho derecho a la identidad, comprende el derecho al nombre y el derecho que tienen las personas a conocer a sus padres y llevar sus apellidos.

En conclusión, el derecho a conocer a nuestro padres y en consecuencia a llevar sus apellidos, deriva del derecho constitucionalmente protegido como es el derecho a la identidad, que además es un derecho natural, inherente a todo ser humano, según el cual se debe hacer primar la verdad biológica del menor, bajo cualquier supuesto y en base a la indagación de la paternidad mediante las denominadas acciones de filiación, las cuales no solo se deben admitir en tanto al padre legal sino también respecto al padre biológico bajo ciertos supuestos, esto supone hacer prevalecer el interés superior del niño. Respecto de la estructura del nombre debemos mencionar que éste está compuesto por el prenombre o nombre de pila y por los apellidos o nombre de familia. Cuando se habla de los apellidos o nombre de familia, este debe hacer referencia a su familia biológica, en razón a su derecho a la identidad del menor.

### **3.2. El test de proporcionalidad en la limitación de derechos**

Dicho principio fue establecido expresamente en la parte final del artículo 200° de la Constitución:

*(....) El ejercicio de las acciones de habeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137° de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.*

En el texto de este artículo puede verse que el principio de proporcionalidad fue establecido para regular la manera en que el juez debe resolver sobre procesos de protección de derechos constitucionales durante el régimen de excepción. “Pero del Tribunal Constitucional, a nuestro juicio de forma totalmente correcta y pertinente, lo proyecta de aplicación de toda la Constitución”<sup>188</sup>. El principio de

---

<sup>188</sup> ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil. Introducción parte general*. 14 edición, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1996, p. 72.

proporcionalidad mide la calidad o la cantidad de dos elementos jurídicos comparativamente entre sí, de manera que no haya un exceso de volumen, de significación o de cuantía entre uno y otro a partir de las consideraciones que se hacen en relación con cada tiempo y lugar<sup>189</sup>.

El principio de proporcionalidad, se conoce también como test de proporcionalidad o test de razonabilidad, el cual es un test o canon de valoración para evaluar actos estatales que inciden sobre derechos subjetivos, constitucionales o legales<sup>190</sup>. Se trata de una técnica a partir de la cual un Tribunal de Justicia puede evaluar si la intromisión estatal en el ámbito de los derechos resulta o no, excesiva. Pero no se confunde, ni se superpone, a las potestades que garantizan cada uno de esos derechos<sup>191</sup>. El test de proporcionalidad se aplica cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no solo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar todas las posibilidades fácticas (necesidad y adecuación) a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada<sup>192</sup>. El test de proporcionalidad exige, a su vez que la medida limitativa satisfaga los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Consideramos que el grado de injerencia en los derechos del demandado resulta proporcional, puesto que no se produce un vaciamiento en el contenido de los derechos del demandado, ni tampoco se ven desprotegidos, sino es legítima ya que el grado de injerencia tiene un sustento idóneo al fin perseguido, y es proporcional al grado de afectación del derecho. Es de conocimiento que el fin perseguido en todo proceso de filiación, es establecer la paternidad del demandado y por ende reconocer el derecho a la identidad del menor, así pues la afectación del derecho del demandado es mínima, si lo que se pretende alcanzar es un fin constitucionalmente lícito, en los términos expuestos, puede afirmarse

---

<sup>189</sup> IBID., p. 73.

<sup>190</sup> Cfr. CARRION HURTADO, Karen Vanessa. *Las técnicas de reproducción asistida como atentado al derecho de familia*, Tesis para obtener el título de Abogada, Chiclayo, Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, 2012, p. 102.

<sup>191</sup> IBID., p. 103.

<sup>192</sup> Cfr. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil. Introducción parte general....Op. Cit.* p. 75.

entonces, que el procedimiento cuestionado resulta una intervención proporcionada a los derechos del demandado. De esta manera, creemos que el derecho del demandado no se ve desprotegido, si lo que se busca es la protección de un interés superior, como el del niño/niña a tener el derecho a su identidad, no se puede pretender alegar el derecho a la intimidad, a la libertad e integridad física, como derechos constitucionalmente superiores al derecho a la identidad cuando el fin que se persigue no puede ser constitucionalmente legítimo, cuando se vulnera un interés supremo.

### **3.3. Principio de necesidad**

El principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. “Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genere menos aflicción sobre el derecho fundamental”<sup>193</sup>. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genere menos aflicción sobre el derecho fundamental. Se ve reflejado en la prioridad, en la primacía de un interés supremo, que el niño/niña, merece ser protegido mediante un sistema abierto a la investigación de la paternidad, su limitación conllevaría a la vulneración derechos constitucionalmente reconocidos, y a la desprotección de un sujeto que requiere una mayor protección<sup>194</sup>. En ese mismo sentido cabe agregar que al ser el derecho una realidad cambiante, esta deberá adecuarse a los requerimientos de dichos cambios aunados a la necesidad del hombre, siempre que estas tengan sustento en derechos fundamentales y persigan un fin constitucionalmente legítimo, es así pues que en el derecho moderno, la investigación de la paternidad debe ser permitida, cuya prioridad fundamental es el respaldo protección del derecho a la identidad del cual debe gozar toda persona. Consideramos, se buscó de esta manera preservar el derecho a la identidad y verdad biológica del menor, ante cualquier otro derecho que pretenda

---

<sup>193</sup> DASSEN, Julio, *Estudios de derecho privado y procesal civil*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1959, p. 78.

<sup>194</sup> IBID., p. 79.

colocar trabas a su correcta aplicación, en base a caprichos injustificados, como en el caso que se está analizando en la presente tesis en la **Jurisprudencia N°00550-2008-PA**, el juez ante los derechos del padre y los derechos del niño/niña, especialmente el interés superior del niño/niña debe de preferir el segundo ya que dicho principio está por encima de los otros derechos, porque se trata de un derecho que afecta a los niños/niñas y estos merecen de una mayor protección.

Indudablemente todo sujeto tiene derecho a un padre y una madre por naturaleza les corresponde, es aquí donde subyace la necesidad, en el requerimiento del derecho a la identidad como derecho fundamental, el cual amerita que a nadie se le restrinja su filiación y, en similar medida, su derecho a conocer a sus padres. Necesidad que se ve reflejada en la prioridad, en la primacía de un interés supremo del niño/niña, quien merece ser protegido y amparado mediante un sistema abierto a la investigación de la paternidad, sin limitación conllevaría a la vulneración de estos derecho constitucionalmente reconocidos, y a la idoneidad para el objetivo propuesto, en lo referente, el único medio para alcanzar el resguardo al derecho a la identidad, es mediante la investigación de la paternidad el cual además está sustentado en medio probatorio contundente, para determinar la identidad del menor y por ende la paternidad del demandado y de no ser aquello suficiente, la actuación del mismo supondría la celeridad de los procesos y el esclarecimiento eficaz y verídico para las partes, dicha injerencia además de perseguir un fin constitucionalmente legítimo, resulta a todas luces idóneo para el fin propuesto.

### **3.4. Análisis de la Jurisprudencia N°00550-2008-PA**

La presente tesis tiene como fundamento analizar la **Jurisprudencia N°00550-2008-PA**<sup>195</sup> del Tribunal Constitucional, en la cual **René Quenta Calderón** presenta un recurso de agravio constitucional –amparo- en contra de una Resolución Judicial N° 14, ya que según el demandante dicha resolución vulnera

---

<sup>195</sup> STC del 17 de setiembre del 2010. Sentencia número 00550-2008-PA/TC. [ubicado el 5.I.2012]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00550-2008-AA.html>. (Ver Anexo).

sus derechos a la tutela jurisdiccional y al debido proceso específicamente a la cosa juzgada.

Tenemos como antecedente que en el año 1995 doña **Regina Pilco Ayala** interpone demanda sobre filiación extramatrimonial teniendo como demandado a René Quenta Calderón con el objetivo de que se realice el reconocimiento del menor Héctor José Pilco, dicha demanda fue declarada infundada, la demandante impugna la sentencia la misma que fue confirmada y posteriormente interpone recurso de Casación que fue desestimado, al agotarse las instancias judiciales la sentencia adquirió carácter de cosa juzgada.

Luego de 10 años doña Regina Pilco Ayala nuevamente interpone demanda de filiación extramatrimonial cuyo demandado es nuevamente René Quenta Calderón, que tenía el mismo objetivo del anterior proceso. En consecuencia del último proceso el demandado interpone excepción de cosa juzgada que es declarado infundado. Es por ello que presenta un recurso de amparo en contra de la Resolución que declaró infundada su excepción de cosa juzgada.

Consideramos, que en esta jurisprudencia el criterio del juez fue determinante para la solución del caso en concreto, ya que si bien es cierto que en estos dos procesos se puede establecer claramente la triple identidad que significa que ambos procesos tienen idénticos sujetos procesales, el mismo objeto así como también idéntica pretensión lo que contraviene a la institución de la cosa juzgada y la prohibición de revivir procesos fenecidos con sentencia, ya que dicha sentencia una vez pronunciada tiene la virtud de impedir que las mismas partes renueven el mismo juicio, porque la cosa juzgada es calidad inmutable y definitiva que la ley otorga a la sentencia en cuanto declara la voluntad del Estado contenida la norma legal que aplica, en el caso en concreto.

La manera en la que el magistrado dio solución a este proceso fue emplear una excepción a la regla general, ya que en este nuevo proceso se aprecia el ofrecimiento de que se practique la prueba del ADN -se debe de precisar que la prueba de ADN no existía cuando entabló el primer proceso de filiación extramatrimonial, es por ello que no se ofreció como un medio probatorio-, este criterio acompañado con el interés superior del niño/niña fueron los que motivaron la decisión del juez.

Podemos establecer por medio de un análisis que en la jurisprudencia se prevalece el derecho fundamental del niño/niña a conocer su verdadero origen biológico, (dicho origen biológico se desarrolla en el presente CAPÍTULO), sobre el principio procesal de la cosa juzgada (desarrollado en el segundo capítulo de la presente investigación), pues ésta no puede significar el amparo a la vulneración del primero sólo porque en su momento, por escasez de pruebas o astucia del demandado, no se pudo demostrar la paternidad alegada; siendo que posteriormente, con la prueba del ADN (desarrollada en el primer capítulo de la presente investigación), es posible hacerlo y demostrar lo que en su momento no se logró establecer.

Si nos referimos al tema de filiación extramatrimonial podremos establecer que se verá reflejada desde la llegada a nuestro país de la prueba de ADN (tal y como se puede apreciar en el primer capítulo de la presente tesis) ya que como se mencionó en el tiempo de la interposición del proceso materia de estudio de la presente tesis no existía en el Perú la prueba del ADN. Hasta el momento de la interposición de la segunda demanda pero con la diferencia que ya existía la prueba de ADN, lo cual constituye un antecedente a nivel de resolución de casos en los que se pueda aplicar. Como podemos, apreciar nuestro país a diferencia de los países del resto del mundo, estuvo con relación a la prueba de ADN en los procesos de filiación extramatrimonial retrasado, lo que originó dificultad a la hora de evaluar una demanda de filiación extramatrimonial, ya que se tenían que conseguir otras pruebas que muchas veces no eran convincentes para demostrar la petición ofrecida al juez competente. Nuestra legislación tenía ciertas dificultades en cuanto determinar la filiación de los hijos habidos fuera del matrimonio de los padres, más precisamente respecto a la probanza de la relación de consanguinidad progenitor – hijo, constituyéndose este aspecto de difícil respuesta desde la perspectiva jurídica, hasta la aparición de la prueba de ADN (tema que se desarrolla en el primer capítulo de esta investigación) en nuestro país.

Un punto importante en la jurisprudencia radica en la ponderación de derechos que se efectúa en dicha jurisprudencia, ya que por un lado está la excepción de cosa juzgada (tema desarrollado en el segundo capítulo de esta investigación) la cual es fundamental en la defensa del demandado del mismo modo el derecho al

debido proceso y a la tutela judicial efectiva que se desarrollan como pilar del Estado de Derecho que congloban a la seguridad jurídica procesal (desarrollado en el segundo capítulo de la presente tesis), por otro lado tenemos el principio del interés superior del niño/niña así como también el derecho a conocer a sus padres, derecho reconocido por la Constitución Peruana. Este principio significa que cualquier medida que se tome a nivel público o privado deberá contemplar el cuidado de que no incumpla ni se ponga en riesgo el cumplimiento de ningún derecho de niñas, niños y adolescentes. Podemos agregar que dicho principio es una garantía de la vigencia de los demás derechos, recordándole el juez o a la autoridad administrativa que están impedidos de dar soluciones que vulneren este principio, ya que su función es ceñirse estrictamente, no solo en cuanto a la forma sino también en cuanto el contenido, a los derechos del niño expresamente reconocidos.

Además en este caso en concreto lo que realmente se busca es solucionar la incertidumbre material acerca de la paternidad de este menor, y no se resolvería dicha controversia aplicando la regla en estricto sentido sino aplicando una excepción a la regla, ya que el menor goza de una protección especial que debe ser un fundamento indispensable de todo Estado. De lo anteriormente dicho se puede desprender que aun cuando la excepción de cosa juzgada es importante y muchas veces determinante en la solución de varios casos, dicha excepción no puede superponerse al derecho a la identidad, es por ello que en este caso en específico se debe amparar a quien desea conocer a su progenitor, así como también llevar sus apellidos.

Es dable destacar la relevancia que tiene en la actualidad la prueba biológica de ADN, en los juicios de filiación. Hoy en día la filiación ya no se asienta solo en la voluntad de las partes, sino en la realidad de la naturaleza, esto ha sido posible con la aparición de procedimientos científicos que permiten establecer con certeza la realidad del vínculo biológico. Precisamente uno de estos procedimientos técnicos de mayor relevancia en nuestros días, por su rigor científico es la prueba de ADN. Es tal la importancia de esta prueba en los casos de paternidad discutida o ignorada que la ley establece que se declarará la paternidad de aquellas personas que no reconozcan a sus hijos y no quieran someterse a la prueba de ADN, cumpliendo el Estado con la obligación de buscar

en la medida de lo posible que los niños/niñas sepan quienes son sus padres. Es por ello, que se valorará la prueba de ADN en la filiación extramatrimonial, por encima de los derechos del padre, teniendo en cuenta el interés superior del niño/niña.

La determinación de la filiación se sustenta en presunciones expresas que permiten su investigación judicial, pero estas presunciones no agotan todas las posibilidades de poder indagar el nexo parental, restringiendo el legítimo interés natural de accionar en defensa del derecho de identidad. Sin embargo, la omisión o deficiencia de las normas no pueden dejar sin amparo jurídico al hijo cuando existen otros indicios suficientes para probar la paternidad. Concordamos con lo antes dicho, en tanto que el juez no puede restringir el derecho a lo normado, sino que debe analizar en el caso concreto otros factores primordiales para la determinación de la paternidad, abriendo paso a una investigación libre, que deberá ser aceptada en tanto esta obedezca al interés superior del niño/niña y a su verdadera identidad como tal. Este principio del interés superior del niño/niña reclama que se asegure un derecho igualitario en la indagación del nexo de filiación que se halla asociado a su derecho a la identidad personal, uno de cuyos atributos esenciales es precisamente tener un nombre y conocer a sus padres.

Generalmente hablar de cosa juzgada es hablar de la inmutabilidad de los fallos de nuestros Tribunales. Sin embargo, en materia de filiación no es un límite para la interposición de un nuevo proceso de paternidad sustentado en el análisis genético siempre que en los anteriores procesos no se haya hecho uso de todas las pruebas, en efecto actualmente la prueba biológica del ADN tiene una connotación mucho mayor frente a otras pruebas y en tal sentido pueden haberse presentado casos – como en el caso en concreto de la **Jurisprudencia N°00550-2008-PA**- en los cuales se demandó por filiación y en el transcurso del proceso no se actuó la prueba de ADN y, ante la falta de otras, tal demanda era declarada infundada, es decir, la paternidad no era judicialmente declarada porque en un principio la pretensión no aparentaba verosímil, es decir la solicitud de prueba del ADN no se realizaba ya que a dicha prueba todavía no se tenía acceso, sin que ello sea realmente así, por lo que no podía impedirse a la madre hacer valer nuevamente su pretensión invocando para ello la determinación de la verdad

biológica, respecto de la paternidad de su hijo, ni a éste investigarla y hacerla valer ante un Tribunal.

Además, si bien es cierto, en nuestro ordenamiento la cosa juzgada es un principio de la función jurisdiccional, pero, a su vez, no podemos desconocer los siguientes postulados reconocidos en nuestra Constitución y en el Código de los Niños y los Adolescentes, como son la filiación, la maternidad y la familia que son derechos sociales, el derecho a la investigación de la paternidad, y el derecho a conocer el propio origen biológico, así como la legalidad constitucional de la aplicación de pruebas biogenéticas para verificar una relación filial. Sin embargo, es preciso señalar, que la relatividad de la cosa juzgada exclusivamente se puede entender en los procesos de filiación, pues solo en esos convergen y se encuentran en juego derechos humanos tan importantes como lo son la identidad, asimismo solo en estos se puede actuar posteriormente, y con absoluta eficacia, con una prueba tan precisa y decisiva como lo es la prueba de ADN.

En conclusión del presente CAPÍTULO se puede afirmar que en la **STC. Exp. N° 00550-2008-PA/TC** un dato relevante lo constituye el hecho de no haberse contado con la posibilidad de recurrir al examen de ADN, por la fecha en que se presentó la primera demanda. En cambio, en la actualidad esta prueba es posible. Por esta razón en el segundo proceso se recurre a ella. Frente a la interrogante de priorizar el derecho a la identidad o privilegiar el carácter de inmutabilidad que le asiste a la cosa juzgada, el Tribunal Constitucional, entiende que debe prevalecer el primero. Aun cuando la cosa juzgada es importante, no puede superponerse al derecho a la identidad y al interés superior del niño/niña. Por ello consideramos que si bien el debido proceso y la tutela procesal efectiva se deben respetar dentro de un proceso pueden existir excepciones a dichos derechos según el caso específico que se quiera resolver.

Después del estudio de los derechos en cuestión, se deduce que el grado de afectación a los derechos del padre es menor, y esta injerencia no supone un vaciamiento a los derechos constitucionales del demandado, sino que esta persigue un fin legítimo, necesario e idóneo a proteger. En ese sentido, queda establecido que la finalidad es la protección del derecho a la identidad y a la investigación de la paternidad, lo cual conlleva a considerar que por encima de los derechos individuales del presunto progenitor está el derecho del menor a

conocer su verdadera identidad, su derecho a su transcendencia biológica, todo esto parte del denominado derecho a la identidad, que se encuentra respaldado por el interés superior del niño/niña.

### **CONCLUSIONES**

- ✓ Lo primordial es preservar el derecho a la identidad y verdad biológica del niño/niña, ante cualquier derecho que pretenda colocar trabas a su correcta aplicación, en base a caprichos injustificados, como lo son los derechos procesales del presunto padre (debido proceso, tutela jurisdiccional y cosa juzgada dentro de un proceso de filiación extramatrimonial), ya que si bien este tiene realmente derechos que están protegidos por el ordenamiento jurídico, entran en controversia con el fundamental del menor a la identidad que guarda relación con el interés superior del niño/niña, el mismo que está por encima de los otros derechos procesales, porque se trata de un derecho que afecta a niños, niñas y adolescentes, por lo que merece una mayor protección.
  
- ✓ La prueba del ADN – Ácido desoxirribonucleico – permite obtener con precisión la herencia genética y de esta manera otorgar un elevado grado de certeza en la inclusión o exclusión de la paternidad o de la maternidad, a efectos de imputar a quien corresponda esa serie de derechos, obligaciones y responsabilidades que derivan de la relación paterno – filial. La prueba de ADN coadyuva a preservar la verdad biológica del menor, así como su derecho a la identidad, aunque algunas personas pretenden desnaturalizar el objeto de dicha prueba argumentando la preeminencia de otros derechos (debido proceso, tutela jurisdiccional, cosa juzgada), sin embargo, en un proceso de filiación extramatrimonial en donde exista un conflicto de derechos,

estos no pueden tener el mismo alcance de los derechos del niño, los cuales deben prevalecer.

- ✓ El interés superior del niño es un principio garantista, el cual se enfoca en proteger al menor para su correcto desarrollo personal, tanto físico como psicológico, y evitar así que circunstancias relacionadas a él trunquen su proyecto de vida o le causen daños difícil de afrontar en el futuro, así pues mediante este principio el niño logra la plena satisfacción de sus derechos o por lo tanto cualquier decisión que se tome al respecto debe estar siempre orientada a garantizar los derechos del menor.
- ✓ Los derechos del presunto padre como el debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y cosa juzgada merecen ser respetados, pero desde ningún punto de vista pueden ser invocados por el demandado para evadir su responsabilidad y privar al reclamante el derecho a conocer su realidad biológica, su identidad. Pensamos que el derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima de estos derechos que invoca el presunto padre para evadir responsabilidades que debería asumir como tal en el caso que las pruebas demostraren que existe el vínculo biológico entre ambos. Creemos que no pueden considerarse vulnerados los derechos del padre, y todo caso está justificada por la necesaria protección del derecho a la identidad del niño, que se puede ver reflejado en el interés superior del niño/niña.
- ✓ Al realizar el análisis correspondiente de la STC. Exp. N° 00550-2008-PA/TC, podemos concluir que constituye uno de los casos más interesantes en materia del derecho a la identidad, ya que permite que se vuelva demandar por filiación de paternidad extramatrimonial cuando en un proceso anterior se había declarado infundada la demanda. De esta manera dicho derecho se impondría sobre el carácter de cosa juzgada. Es por ello que prevalece el derecho fundamental del niño a conocer su verdadero origen biológico por sobre el principio procesal de la cosa juzgada.

## BIBLIOGRAFÍA

### • Libros:

1. ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo IV, 9<sup>a</sup> ed., Barcelona, Bosch, 2002
2. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil. Introducción parte general*. 14<sup>a</sup> edición, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1996
3. BAUTISTA TOMÁ, Pedro y HERRERO PENS, Jorge. *Manual de derecho de familia*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2006
4. BELLUSCIO, Augusto Cesar. *Manual de derecho de familia*, Lima, 7 ed., Argentina, Astrea, 2004
5. BELLUSCIO, Claudio. *Prestación alimentaria. Régimen jurídico*, Buenos Aires, Universidad, 2006
6. BERNALDO DE QUIROS PEÑA, Manuel. *Necesidades de la Reforma del Código Civil Español en materia de filiación*, Buenos Aires, Universidad, 1980.
7. BORDA. Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Familia II*, 9<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Perrot, 1993.
8. BOSSERT, Gustavo. *Régimen jurídico de los alimentos: Cónyuge, hijos menores y parientes. Aspectos sustanciales y procesales*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004
9. CAFFERATA IGNACIO, José. *La filiación natural*, 2<sup>a</sup> ed., Córdoba, Universidad, 1952
10. CALDERÓN PUERTAS, Carlos Alberto y ZAPATA JAEN, María Elisa. *Persona, derecho y libertad. Nuevas perspectivas*, Perú, Motivensa editora jurídica, 2005
11. CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de derecho procesal*, Lima, Grijley, 2004
12. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho familiar Peruano. Sociedad paterno – filial*, 4<sup>a</sup> ed., Lima, Editores, 1982
13. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho familiar Peruano, Sociedad conyugal, sociedad paterno filial y amparo familiar de incapaz*, Tomo II, 10<sup>a</sup> ed., Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1999
14. CORRAL TALCAINI, Hernán. *Derecho y derechos de la familia*, Lima, Grijley, 2005
15. COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal*, 3<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Depalma, 1966
16. CHIERI, Primorosa y Zannoni Eduardo. *Prueba de ADN*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Astrea Editorial de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001

17. DASSEN, Julio, *Estudios de derecho privado y procesal civil*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1959.
18. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Lima. Universidad de Lima. 1990
19. GAMARRA RUBIO, Fernando. *Convención sobre los derechos del niño*, Lima, Fondo Editorial, 2001
20. GHERSI, Carlos; YAPUR María y CERIANI Patricia. *Prueba de ADN. Genoma Humano*, Buenos Aires, Universidad, 2004
21. GOZAÍNI, Alfredo. *Derecho Procesal Civil: Teoría general del derecho procesal*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1992.
22. GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil*, Tomo I, 6<sup>a</sup> ed., Madrid, Thomson, 2003
23. GUILHERME MARINONI, Luis. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*, Lima, Communitas, 2008
24. GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *Código Civil comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil*, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2007
25. HERENCIA ORTEGA, Gabriela. "La autoridad de la cosa juzgada en los autos", *Actualidad Jurídica*, N° 160, marzo 2007, pp. 55-56
26. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Las excepciones en el proceso civil*, 3<sup>a</sup> ed., Lima, San Marcos, 2004,
27. KEMELMAJER Aida. *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editorial, 2000
28. LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco y LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil IV Familia*, 4<sup>a</sup> ed., Argentina, DYKINSON, 2010
29. LASARTE Carlos. *Derecho de familia. Principios de derecho civil VI*, 7<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Marcial Pons, 2008
30. MAGALDI, Nuria. *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pans, 2004
31. MENDEZ COSTA, María Josefa. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2006
32. MENDEZ COSTA, María Josefa y HUGO D' ANTONIO, Daniel. *Derecho de familia*, Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editoriales, 2001
33. MERINO MARTINEZ, Catalina. *El derecho a conocer el propio origen biológico*, Colombia, Editorial Leyer, 2009
34. MIZRAHI M. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Astrea, Buenos Aires, 2004.
35. MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Principios del derecho procesal civil*, 3<sup>a</sup> ed., Colombia, Themis, 1988
36. PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Manual de derecho civil. Personas, familia y derecho de menores*, 4<sup>a</sup> ed., Bogotá, Temis, 2002

37. PERALTA ANDIA, Javier Rolando. *Derecho de familia en el Código Civil*, 3ª ed, Lima, Editorial Idemsa, 2002
38. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*, 2ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1994
39. PLACIDO, Alex. *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2003
40. PLACIDO, Alex. *Manual de derecho de familia*, 2ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2002
41. PUIG BRUTAI, José. Compendio de derecho civil. Derecho de familia, Barcelona, Bosch, 1990
42. RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Elvito. *Derecho procesal civil*, 4ª ed., Lima, Grijley, 2000
43. SAMBRIZZI, Eduardo. *Daños en el derecho de familia*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
44. SANCHO REBULLIDA, Francisco, *La batalla jurídica de la familia*, Córdoba, Editorial La Ley, 2002
45. SANTAMARÍA MECQ, Luis Carlos. *Jurisprudencia Civil*, Trujillo, Normas Legales, 2002
46. SANCHO REBULLIDA, Francisco, *La batalla jurídica de la familia*, Córdoba, Editorial La Ley, 2002
47. SANTOS CIFUENTES, Carlos. *El derecho a la identidad y la influencia en Argentina*, Lima, Motivensa editora jurídica, 2009
48. SENDRA GIMENO, Vicente. *Derecho procesal civil: El proceso de declaración parte general*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2007.
49. SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del Código Civil Peruano. Derecho de Familia*, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2006
50. SOSA SACIO, Juan. *El debido proceso, estudios sobre derecho y garantías procesales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2010
51. TICONA POSTIGO, Víctor. *El derecho al debido proceso en el Proceso Civil, doctrina, legislación y jurisprudencia*, 2ª ed., Lima, Grijley, 2009
52. TOLEDO TORIBIO, Omar. Nulidad de cosa juzgada, Lima, Grijley, 2009
53. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético*, 48ª ed, Lima, Grijley, 2001
54. VERDERA SERVER R. *Determinación y Acreditación de la Filiación*, Barcelona, J.M. Bosch Editor S.A, 1993.
55. ZANNONI, Eduardo, *Derecho de familia*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1968
56. ZUMAETA MUÑOZ, Pedro. *Tema de la teoría del proceso – Derecho procesal civil*, Lima, Jurista Editores, 2004

- **Libros Editados**

57. GROSMAN, Cecilia P. *El interés superior del niño en Los derechos del niño en la familia. Discursos y realidad*, editado por Grosman, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, p. 23-75

- **Obras Publicadas por una institución**

58. DEFENSORIA DEL PUEBLO. *La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los hijos extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2003

- **Tesis**

59. ARNAO PIZON, Grissel. *La prueba de ADN en el proceso de filiación extramatrimonial peruano*, Tesis para obtener el título de Abogada, Chiclayo, Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, 2010
60. CARRION HURTADO, Karen Vanessa. *Las técnicas de reproducción asistida como atentado al derecho de familia*, Tesis para obtener el título de Abogada, Chiclayo, Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, 2012
61. VALLEJOS MEDINA, Patricia del Carmen. *El derecho del hijo de mujer casada a la determinación de su filiación biológica*, Tesis para optar el grado de Magister, Lambayeque, U.N.P.R.G., 2007

- **Artículo de Revista**

62. AYVAR CHIU, Karina. "El proceso de filiación extramatrimonial y las medidas autosatisfactivas", *Actualidad Jurídica*, N° 194 marzo 2010, p. 76
63. BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. "Hacia una eficaz tutela de los derechos de filiación del hijo extramatrimonial y el uso de la prueba del ADN", *Actualidad Jurídica*, N°221, julio 2011, pp.43-45
64. CABALLERO PINTO, Henry Víctor. "¿Se protege y garantiza efectivamente el derecho a la identidad y demás conexos de los menores no reconocidos?", *Actualidad Jurídica*, N°212, julio 2011, pp. 51-55
65. CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. "El proceso de filiación extramatrimonial vía ADN no atenta contra el debido proceso ni libertad del demandado", *Diálogo con la jurisprudencia*, N°158, enero 2012, p. 101-104
66. CAVANI BRAIN, Renzo. "La sentencia y la autoridad de cosa juzgada en el proceso de alimentos", *Actualidad Jurídica*, N° 178, setiembre 2008, pp. 93-96
67. GUERRA CERRÓN, María. "El debido proceso sustantivo y las reglas de autolimitación", *Actualidad Jurídica*, N° 194, enero 2010, pp. 105-115
68. GUTIERRES CAMACHO, Walter. "Filiación extramatrimonial", *Gaceta Jurídica*, N°192", noviembre 2009, pp. 76-79
69. GUTIERREZ DE LA CRUZ, Judyth. "El derecho a la identidad, modificación del proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial", *Actualidad Jurídica*, N°212, julio 2011, pp. 61-64
70. HERRERA, Marisa, "La identidad en serio. Un debate inconcluso sobre la compulsión de las pruebas biológicas en los juicios de filiación", *Revista de derecho de familia*, Marzo, 2007

71. MONTOYA ANGUERRY, Carlos. “*El debido proceso es alcanzar la finalidad del proceso: resolver el conflicto suscitado*”, *Actualidad Jurídica*, N° 207, febrero 2011, pp. 87-88
72. PLACIDO, Alex. “*El petitum y la causa petendi en la reclamación de paternidad extramatrimonial*”, *Gaceta Jurídica*, N°40, enero 2002, pp. 35-40
73. PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. “*El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor en la investigación de la filiación*”, *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 53, agosto 2003, pp. 79-129
74. RODRIGUEZ ÁVALOS, Yovar. “*Modernos lineamientos de la filiación biológica y la Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial*”, N°169, diciembre 2007, pp. 42-58
75. TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario. “*Excepción de cosa juzgada*”, *Actualidad Jurídica*, N°184, marzo 2009, p.129- 131
76. TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo. “*El interés superior del niño, ¿puede modificar los acuerdos contenidos en una conciliación judicial?*”, *Actualidad Jurídica*, N°182, setiembre 2009, pp.125-129
77. VARSÍ ROSPLIGLIOSI, Enrique. “*La filiación ¡No es cuestión de sexo, es cuestión de piel!*”, *Gaceta Jurídica*, N°40, enero 2002, pp. 19-34
- ZELA VILLEGAS, Aldo. “*Transacción y cosa juzgada*”, *Actualidad Jurídica*, N° 170, enero 2008, pp. 39- 41

• **Recursos Electrónicos**

78. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “*El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, 2008, [ubicado el 13.I.2012] Obtenido en [http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/revistaano\\_6\\_1.htm/Elprincipio11.pdf](http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf)
79. ASAMBLEA GENERAL DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Convención sobre los Derechos del Niño*, 1989, [ubicado el 10.I.2012], Obtenido en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>
80. CORTE I.D.H. *Caso Bulacio v/s Argentina*, 2003,[ubicado el 05.IV.2012] Obtenido en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_100\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf)
81. CORTE I.D.H. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. 2004, [ubicado el 20.IV.2012] Obtenido en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26393.pdf>
82. CORTE I.D.H. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. 2004, [ubicado el 25.IV.2012] Obtenido en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp.pdf)
83. CORTE I.D.H. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, 2005 [ubicado el 20.IV.2012] Obtenido en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_156\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_156_esp.pdf)

84. CORTE I.D.H. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, 1999, [ubicado el 10.IV.2012] Obtenido en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf)
85. JUSTICIA DE FAMILIA E INFANCIA. *Interés Superior del Niño y Jurisprudencia peruana*, 2008 [ubicado el 5.VI.2012] Obtenido en <http://justiciadefamilia.blogspot.com/2008/10/inters-superior-del-nio-y.html>
86. MEDINA OBLITAS, Graciela. “*La filiación extramatrimonial*”, 2008, [ubicado el 13.VII.2012] Obtenido en <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Filiacinextramatrimonial>
87. ROMERO CASTELLANOS, Cesar. “*El reconocimiento y la filiación extramatrimonial*”, 2009, [ubicado el 19.V.2012] Obtenido en <http://blog.pucp.edu.pe/item/50730/el-reconocimiento-y-la-filiacion-extramatrimonial>
88. SOLEDAD ITA, Alejandra. “*Valorización a la negativa de no someterse a la prueba biológica*”, 2011, [ubicado el 22.VI.2012] Obtenido en <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC081083.pdf>
89. STC del 9 de mayo del 2011, Sentencia número 02132-2008-PA/TC. [ubicado el 29.VI.2012]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.html>

**ANEXO JURISPRUDENCIAL**

**EXP. N.º 00550-2008-PA/TC**

**EXP. N.º 00550-2008-PA/TC**

**LIMA**

**RENÉ QUENTA**

**CALDERÓN**

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 17 días del mes de setiembre de 2010, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y UrviolaHani, pronuncia la siguiente sentencia

#### **ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don René Quenta Calderón contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 75 del segundo cuaderno, su fecha 23 de octubre de 2007, que, revocando la apelada, declara improcedente la demanda de autos.

#### **ANTECEDENTES**

Con fecha 22 de agosto de 2006, don René Quenta Calderón interpone demanda de amparo contra don Luis Ernesto Rojas Flores, juez del Segundo Juzgado de Familia de Tacna, solicitando que se declare inaplicable y sin efecto legal la Resolución Judicial N.º 14, de fecha 8 de agosto del 2006, recaído en el proceso N.º 2005-1416, sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial, promovido por doña Regina Pilco Ayala, mediante la cual se revoca la apelada y declara infundada la excepción de cosa juzgada, disponiéndose la continuación de dicho proceso. A entender del demandante, la resolución cuestionada vulnera sus derechos a la tutela jurisdiccional y al debido proceso, específicamente la *cosa juzgada*.

Refiere que en el año 1995, doña Regina Pilco Ayala interpuso ante el Segundo Juzgado Civil de Tacna demanda sobre filiación extramatrimonial (Exp. N.º 150-95), con el objeto de que el recurrente reconociera como hijo al menor Héctor José Pilco, la misma que es declarada infundada mediante sentencia de

fecha 22 de julio de 1996, impugnada por la demandante y confirmada mediante Sentencia de Vista de fecha 15 de noviembre de 1996, pronunciamiento contra el cual la misma citada persona interpuso Recurso de Casación que fue desestimado por la Corte Suprema de Justicia de la República con fecha 7 de julio de 2007. En tales circunstancias y tras agotarse las instancias judiciales y los medios impugnatorios previstos por ley, lo resuelto adquirió carácter de cosa juzgada.

Añade que, luego de diez años, ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Tacna, la misma persona, doña Regina Pilco Ayala, nuevamente promueve proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial (Exp. N.º 2005-1416), con el objeto -al igual que en el anterior proceso- de que se reconozca la paternidad del menor antes mencionado, razón por la cual dedujo la excepción de cosa juzgada la cual es declarada fundada en primer grado, disponiéndose la nulidad de actuados y dando por concluido el proceso, fallo judicial que, sin embargo, es recurrido por la demandante y al cual fue avoca el juez emplazado, quien, actuando como de segundo grado, expide la Resolución Judicial N.º 14, mediante la cual, revocando la apelada, se declara infundada la excepción deducida y se dispone la continuación del proceso. Alega que la resolución cuestionada afecta sus derechos fundamentales, toda vez que en ambos procesos civiles se configura la *triple identidad*, esto es, ambos tienen idénticos sujetos procesales, el mismo objeto e idéntica pretensión, lo que afecta la santidad de la cosa juzgada y violenta la prohibición constitucional de revivir procesos fenecidos con sentencia ejecutoriada.

El Procurador Público de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda alegando que no existe vulneración de derechos fundamentales, dado que la resolución cuestionada fue expedida en estricta aplicación del debido proceso y la tutela procesal efectiva

El juez emplazado contesta la demanda, solicitando que en su oportunidad sea declarada improcedente; añade que si bien en ambos procesos concurren todos los elementos que configuran la triple identidad, toda regla tiene excepciones, como ocurre en el presente caso, en el que existen otras opciones probatorias. En dicho contexto, se dispone la continuación del proceso con el

objeto de que se practique la prueba de ADN, ya que dicha prueba no existía cuando se archivó el primer proceso.

La Sala Civil de la Corte Superior de Tacna, con fecha 11 de abril de 2007, declara fundada la demanda, por considerar que la resolución judicial cuestionada afectó la garantía fundamental de la cosa juzgada y quebrantó la prohibición constitucional de revivir procesos fenecidos, lesionando con ello los derechos fundamentales del demandante.

La Sala Suprema revisora, revocó la apelada y reformándola declaró improcedente la demanda por considerar que el segundo proceso se basó en un nuevo fundamento de hecho y de derecho no invocado en el primer proceso, esto es, la declaración judicial de filiación extramatrimonial prevista en el inciso 6) del artículo 402.º del Código Civil, mediante medios probatorios distintos.

## **FUNDAMENTOS**

1. El presente proceso constitucional tiene por finalidad que se declare inaplicable o se deje sin efecto la Resolución Judicial N° 14, de fecha 8 de Agosto del 2006, emitida en segundo grado por el Segundo Juzgado de Familia de Tacna, mediante la cual se declara infundada la excepción de cosa juzgada deducida por el recurrente y se dispone la continuación del proceso de filiación extramatrimonial promovido por doña Regina Pilco Ayala contra el actual recurrente.

### ***Alegatos del demandante***

2. El demandante alega la vulneración de sus derechos fundamentales, específicamente los derechos a la prohibición constitucional de revivir procesos fenecidos y a la inmutabilidad de la cosa juzgada en cuanto atributos integrantes del derecho al debido proceso. Dicha afectación, como ya se ha señalado, se habría concretizado mediante la Resolución Judicial N.º 14 que, revocando la apelada, declara infundada la excepción propuesta y ordena la continuación del proceso de filiación extramatrimonial promovido contra el accionante.

Argumenta que la resolución cuestionada es inconstitucional porque la pretensión de la demandante fue resuelta en forma definitiva en el proceso N°

150-95, por lo que ordena continuar con la tramitación de la segunda causa, esto es, la N.º 2005-1416, implica una violación constitucional, tanto más si ambos procesos son idénticos, pues en ambos concurren la igualdad de petitorio, el objeto y los sujetos procesales. Puntualiza que la sentencia recaída en el proceso 150-95 fue desestimatoria, con pronunciamiento de fondo expedido en doble instancia, mediante el cual se declaró infundada la demanda, el mismo que al ser recurrido ante la Corte Suprema de Justicia de la República, también fue desestimado, siendo que a la fecha dicho fallo se encuentra ejecutoriado.

### ***Alegatos del emplazado***

3. El magistrado emplazado aduce que no existe afectación de derechos constitucionales ya que si bien ambos procesos son idénticos -en tanto ambos son seguidos por las mismas partes, tienen el mismo petitorio y el interés para obrar es el mismo- el presente caso constituye la excepción de la regla, ya que atendiendo al *interés superior del adolescente* involucrado, “[n]o es suficiente ampararse en una institución jurídica que protege una verdad formal, para preferir la verdad real y despejar una incertidumbre de relevancia jurídica” (ff. 63/68).

La Procuraduría Pública encargada de los asuntos judiciales del Poder Judicial, por su parte, sostiene que la resolución judicial cuestionada se expidió en estricta aplicación del debido proceso y de la tutela procesal efectiva.

### ***Materias constitucionalmente relevantes***

4. Considera este Tribunal que para la dilucidación de la presente controversia se hace necesario analizar si la judicatura, en el ejercicio de la función jurisdiccional, ha observado o no los principios y garantías reconocidos en la Constitución, como límite a su facultad de impartir justicia, o si, por el contrario, al dejar de lado los enunciados previstos en ella, ha afectado de alguna manera los derechos fundamentales invocados.

Específicamente, este Colegiado evaluará si en el caso concreto el magistrado emplazado se encontraba obligado a observar la prohibición constitucional de revivir procesos fenecidos y, por ende, respetar la cosa juzgada, o si, como

sostiene en su defensa, la controversia hecha de su conocimiento constituye, por sus características, una excepción a la institución de la cosa juzgada.

***La inmutabilidad de la cosa juzgada como garantía de la función jurisdiccional.***

5. El inciso 2) del artículo 139º de la Constitución reconoce el derecho de toda persona sometida a un proceso judicial a que no se deje sin efecto resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada. En los términos de dicho precepto constitucional,

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

2) La “independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. *Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...)* [énfasis añadido].

6. Esta disposición constitucional debe interpretarse -por efectos del principio de unidad de la Constitución- de conformidad con el inciso 13) del mismo artículo 139.º de la Ley Fundamental, el cual prevé que

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

7. Se ha sostenido en reiterada jurisprudencia que “mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el

caso en el que se dictó” (Cfr. STC N.º 4587-2004-AA/TC Fund. Jurídico 38º, entre otros).

Se ha sostenido también que: “Lo establecido en una sentencia o resolución que ponga fin al proceso debe ser respetado y no puede ser objeto de nueva revisión, salvo las excepciones previstas” (Cfr. STC N.º 1279-2003-HC/TC, Caso Navarrete Santillán).

8. En consecuencia, lo que corresponde a los órganos jurisdiccionales es ajustarse a lo juzgado en un *proceso* anterior cuando tengan que decidir sobre una relación o situación jurídica respecto de la cual existe una sentencia firme, derivada de un proceso seguido entre las mismas partes (perfecta identidad), en relación con los mismos hechos y tramitado ante la misma autoridad jurisdiccional. Dicho pronunciamiento constituye, en consecuencia, un antecedente lógico concerniente a aquello que nuevamente se pretende someter a juzgamiento.
9. En este orden de ideas, resultaría legítimo que al existir una sentencia firme que pone fin al proceso seguido entre los mismos sujetos procesales, en la cual el Poder Judicial se pronunció respecto a los mismos hechos, se opte *prima facie* por declarar que ésta tiene la calidad de cosa juzgada. Sin embargo, el fallo dictado en el presente caso, si bien finaliza el conflicto de intereses de los progenitores, no resuelve en modo alguno el problema del menor, que por su condición de persona humana, constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado y a quien, por tanto, le asiste el *derecho a la identidad*. Tampoco y por otra parte, toma en cuenta un aspecto que más adelante se detallará y que resulta particularmente capital en el caso de autos; que quien resulta involucrado en sus derechos tiene la condición de menor adolescente y, por consiguiente, debe gozar de una especial protección conforme lo disponen la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

### ***Derecho a la identidad y cosa juzgada***

10. Todas las personas son iguales por el solo hecho de su condición humana y de la dignidad que les es inherente; sin embargo, aun siéndolo, no existen dos

o más personas idénticas, pues cada una responde a las características individuales o autodeterminativas que le son propias, y tienen derecho a que las mismas sean respetadas o en su caso, defendidas.

En reiterada jurisprudencia se ha subrayado: “[e]l artículo 2.1 de la Constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad [...] que comprende [...] el derecho a un nombre –conocer a sus padres y conservar sus apellidos–, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica” (Cfr. STC N.º 02432-2005-PHC/TC, Fund. Jur. 4 Caso Espinoza Joffre)

Más aún, se ha precisado que dicho atributo implica: “[u]n doble carácter de rasgos, por un lado es objetivo (nombre, seudónimo, registros, herencia características corporales, etc.) y, por otro, es de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.), pudiendo ser en muchos casos mucho más relevante este último. En este sentido, este derecho implica distinguir a una persona frente a otras a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas, pudiéndose requerir de referentes mucho más complejos como las costumbres o creencias; por consiguiente, este derecho se concibe de una manera integral (Cfr. STC N.º 02273-2006-PHC/TC Fund. Jur. 21/23 Caso Quiroz Cabanillas).

11. Si bien es cierto que la *cosa juzgada* constituye una de las expresiones básicas de todo Estado de Derecho, también lo es que dicho atributo se caracteriza no sólo por su contenido formal, sino también por poseer un contenido material, compatible con la vigencia plena y efectiva de los derechos que la Norma Fundamental reconoce. De este modo, la *cosa juzgada* sólo es tal, en tanto se complementa con el cuadro de valores materiales proclamado desde la Constitución.

En el presente caso, sin embargo, se aprecia que lo que se invoca como *cosa juzgada*, adolece de una falta de visión integral en relación con el resto de derechos fundamentales; esto es: el derecho a la identidad, que es el atributo específicamente involucrado, es asumido como un simple enunciado carente de contenido a la par que de efectividad práctica. El órgano judicial ni se

pronuncia respecto del mismo ni respecto de la eventual implicancia que tendría en la controversia resuelta.

### ***Principios universales de orientación proteccionista***

12. Los derechos fundamentales, son en buena medida, la concretización de diversos valores constitucionales. Para el caso materia de análisis, resultan especialmente relevantes el principio de protección especial del niño y el principio del interés superior del niño.

13. El principio de protección especial del niño se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental. Inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, parte de la premisa de que los niños representan el valor máspreciado que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos.

De una manera mucho más amplia y precisa este principio fue también reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, cuyo Principio 2 señala que el “niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”.

El artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce este principio al proclamar que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencia especiales”. En sentido similar, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los “Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”.

Finalmente, el artículo 19º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que por su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. En línea similar, el Principio de Protección Especial del Niño es reconocido por los artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos y por el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

14. El principio concerniente al *interés superior del niño* en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos fue reconocido primigeniamente en la Declaración de los Derechos del Niño, cuyo acápite 2 estableció que:

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

El mismo criterio se reitera y desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:

[E]n 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 niños.

15. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aquí mencionados, llevaron a este Colegiado a sostener en reciente jurisprudencia (STC N° 1817-2009-PHC/TC) que:

[E]l Tribunal estima que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el niño, entendido como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, es un sujeto de derecho de protección especial que requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento.

[S]obre esta base normativa supranacional, el artículo 4º de la Constitución reconoce que la “comunidad y el Estado protegen especialmente al niño”. Así pues, teniendo presente el enunciado normativo de este artículo, este Tribunal estima que el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras

acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral.

16. Es en este contexto que se analizará si, en el caso concreto, es menester observar la garantía de la cosa juzgada -que le asiste a la sentencia dictada en la causa de filiación extramatrimonial- o si, por el contrario, resulta legítimo desestimar la excepción deducida y continuar, con la tramitación de la demanda incoada a efectos de descartar o establecer el vínculo parental entre el presunto padre y el menor. Ello, en salvaguarda del derecho a la identidad que le asiste a este último.

### ***Dilucidación de la controversia***

17. ¿Existen razones jurídico constitucionales para considerar que en el caso concreto es atendible priorizar el *derecho a la identidad y el interés superior del niño* frente a la inmutabilidad que le asiste a la *cosa juzgada*? O dicho de otro modo: ¿Hay razones jurídico-constitucionales, para que en el presente caso se ampare el derecho del adolescente -que pretende conocer a su progenitor y su apellido- frente al derecho del padre a que se respete la inalterabilidad y definitividad que le asiste al fallo expedido en un proceso anterior?
18. A juicio de este Tribunal, la respuesta es afirmativa. Ningún esquema constitucional donde se reconoce la justicia como valor esencial y se le rodea de garantías de seguridad puede, a la vez de proclamarse legítimo, operar en forma contraria a los mismos derechos que pretende proteger. Ello significaría que una parte de la Constitución quedaría invalidada so pretexto de otra, lo que resultaría no solo paradójico sino abiertamente irrazonable e irracional. En dicho contexto, considera este Colegiado que, aun cuando la cosa juzgada es importante, esta institución no puede superponerse al *derecho a la identidad*, por lo que en el presente caso debe ampararse la pretensión de quien exige conocer a su progenitor, así como, de ser el caso, de conservar su apellido.

De este modo el Estado –y los poderes y organismos que integran su estructura- materializan la especial protección que mandatoriamente prevé el artículo 4º de la Norma Fundamental, que impone el deber de adoptar las medidas correspondientes para garantizar el bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social de la persona, siendo inevitable la incidencia sobre el proyecto de vida, cuando no se descarta o establece a cabalidad el vínculo parental entre una persona y su presunto progenitor.

19. Por otro lado, es menester subrayar que si, como sostiene el demandante, no existe vínculo parental alguno -conforme afirma en la demanda- resultan infundados los temores a que durante la tramitación del proceso se ordene la práctica de pruebas genéticas o científicas que no se actuaron en anterior oportunidad.

20. Por consiguiente, al *no* acreditarse en autos la inconstitucionalidad de la resolución judicial cuestionada ni la afectación de los derechos fundamentales invocados, la presente demanda de amparo debe desestimarse.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú

#### **HA RESUELTO**

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo, por no haberse acreditado la vulneración de los derechos alegados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ**

**BEAUMONT CALLIRGOS**

**CALLE HAYEN**

**ETO CRUZ**

**ÁLVAREZ MIRANDA**

**URVIOLA HANI**